苗延波法学文集

MIAOYANBO FAXUE WENJI

苗延波◎著



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

版权信息

书名:苗延波法学文集

作者:苗延波

ISBN:9787513011730

中信出版集团制作发行

自序

这本文集汇集了我自1991年以来50篇法学论文。这些论文基本上能够体现20年来我的法学研究的主要成果和思想。这些文章如果按照学科可以划分为法理学、法史学、民法学、商法学、社会法学等；如果按照文章的类型，可以划分为论文、演讲录、采访录等。这些文章基本反映了自九十年代特别是进入21世纪以来我对于一些法学、法律和社会问题的研究与思考。

回顾20年来我自己的学术研究之路，基本上可以分为三个阶段。第一个阶段，20世纪90年代的前半期，这个时期的研究主要是围绕我国当时的立法工作展开的一些对于国外立法、司法制度的研究、介绍，这方面的成果大部分已经被收录于2001年出版的《外国民商经济法选粹》（合著）一书中，那些文章大都用笔名于1991年至1994年发表于《法制日报》的国外法坛栏目；此外，还有一些是对于当时我国立法机关通过的法案的评介和分析，这部分成果主要发表于《法学杂志》等法学期刊上，文集中收录了其中的四篇。第二个阶段，21世纪的2001年到2009年，这几年我把主要精力放在了民法学和商法学的研究上，尤其集中于商法的研究，不仅连续出版了诸如《中国商法体系研究》、《商法通则立法研究》、《中国民法体系研究》等专著外，也发表了一些有关商法通则和商法基础理论的论文。在研究过程中，我将我在国内外的经商经历融汇其中，深感我国的商业环境与国外比较起来存在着较大的差异，尤其国内对于商的理念和法制环境引起了我深深的思考。我试图探寻中西方对于商的理念和法制环境的异同以及它们之间的联系和产生这种差异的文化历史背景和原因，试图找出一个有利于促进我国商业和商业法制发展的结论和路径。对于商法通则的研究是我这一段研究的重心，也

是我的研究志趣及方向的体现。这项工作我至今仍在摸索和探寻中。第三阶段，2010年至今，我的一些精力由纯粹探讨制度层面进而转向对于历史、文化、思想层面的研究，我的潜意识里是想通过对于东西方历史文化的对比性研究，从中找出一条适合于中国商业和商业法制发展的、有别于西方已经走过的、属于我们中国自己应当走的道路。但是，我深知这个工程十分浩大，远非我现有的能力所及。但我始终认为，世界上本没有路，只要脚踏实地，沿着自己选定的道路走下去，就一定会开出一条自己的路，并有所收获。

我国的法治建设已经走过了30多年的历程，我们这代人基本上可以算作是中国法治建设的亲身的经历者和见证者。我们的童年时代经历了十年的“文化大革命”，我们的学生时代经历了文革后期的反击右倾翻案风、“四五”运动、粉碎“四人帮”、党的十一届三中全会召开等重大事件，我们走上工作岗位后更是直接地亲身投身到了我国改革开放的伟大洪流中。在这期间，我们见证了始于1979年的以刑法、刑事诉讼法等法律颁布为标志的全国人大的立法工作的开端，82宪法的颁布，建设社会主义市场经济法治和实施依法治国的基本方略。我们亲身体验到了中国如何从一个几乎没有法治观念的国家逐步迈进了依法治国的历程；如何从一个忽视人权的国家逐步走向了坚持以人为本、尊重和保障人权的国家；如何从盲目追求经济发展指标逐步确立了科学发展观，建设和谐社会的战略目标；如何从法律的虚无走向了完备的法律体系的形成的过程；如何从司法的荒漠走进了司法民主的殿堂；如何从法学教育的戈壁发展到年增三十万法学毕业生的惊人规模。但是，我们也看到，在法治建设飞速发展的同时，在中国这块热土上，法治建设仍然存在着诸多急需解决的问题和新的挑战。

在法学理论方面普遍存在着“观点有余，理论不足”的现象。如提出了中国特色社会主义法治、依法治国基本方略、社会主义法治理念、法治精神等观点，但缺乏系统的论证和科学理论的支持。因而造成这些观点只能表现为一些教条式的口号而无实际的内涵。

在法治环境方面，由于在司法实践中法治缺乏应有的权威，人们信权不信法，宪法没有权威，缺乏真正有效的宪法实施保障制度，缺乏法治文化和法治精神，依法治国被视为“依法治民”。

在行政执法、司法改革方面，各部门各自为政，各自为各自的部门利益而争，缺乏对于国家和民族的责任感，许多改革措施治标不治本，检察院、法院成为地方保护主义的工具、执法不明、司法不公，使得依法行政和公正司法的目标难以实现。

在法学教育研究方面，追求学生的数量，忽视质量；关注职称的评定，无视教学和成果的学术含量；教授遍地，真正的学术大师难觅；法学成果累累，但学术价值不高；学校培养的“才人”倍出，社会真正需要的人才奇缺。

在法律服务方面，片面追求收益，忽视对广大民众的诚实服务，服务质量不高，运作不规范，民众极不满意，损害了民众对法治的信心。

总之，法学界、法律界的心浮气躁、急功近利、缺乏职业伦理精神，是迟滞中国依法治国进程的不可忽视的因素。因此，继续发扬与时俱进、开拓进取、任劳任怨、博采众长、精益求精的精神，牢牢把握中国前进的步伐，创作出无愧于时代，无愧于祖国，无愧于人民的伟大的作品，仍是我们法学、法律工作者以及所有科学工作者的共同的责任。

我出生于干部家庭，自幼生活在机关大院里，对于大院外面的世界知之甚少，直到去外面求学、走向工作岗位，才开始真正接触外面的世界。在国外的几年里更是独来独往，这也就造成了我不拘一格的研究风格。

我的专业是法学，同时我也涉猎史学、文学、经济学、社会学等领域，我研究过中国先秦史、中国近代文学史、欧洲近现代史、中外金融史等，出版或发表过研究郭沫若及中国近代文学及文学史的专著及文章，2011年以来开始在高校宣讲中外金融史的研究成果。早在少年时代我还写过几部关于商鞅变法、荆柯刺秦和楚汉相争的历史剧本，尽管现

在看来那些剧本极其幼稚，但那毕竟是我的初女之作，灌注了我少年时代的梦想，也奠定了我今后的研究方法、志趣和方向。我总以为，若欲比较透彻地研究一个问题或者现象，绝对离不开对于当时历史状况的梳理和研究。一个看似十分现实的法学问题，其背后定然蕴含着深厚的历史文化渊薮，只要弄清了它的背后的历史文化渊源，这个问题自然会迎刃而解。因此，我特别注重对于中外历史思想文化的对比性研究，我认为，只有通过这种充分的对比研究，才能得出比较接近于客观的结论，也才能总结出能够反映时代声音的、比较接近于现实需要的理论。

2013年是我来到这个世界上的第50个年头，这本文集的问世，一来是想把自己20年来的研究生涯做一个小结，二来也是给自己一个生日礼物。在我50年的人生历程中，我首先要感谢养育我的父母双亲，他们身为国家干部，把自己一生的心血贡献给了伟大的祖国，他们也为哺育我们兄弟二人，呕心沥血。在此，我还要感谢曾经教育、培养过我的所有师长、前辈。在这里我还要特别感谢已经作古的中国社会科学院拉丁美洲研究所的沙丁教授、全国人大常委会法制工作委员会原副主任邬福肇先生，以及所有在我的成长道路上曾经给予我帮助的学长、朋友。在这本文集的编辑、整理过程中，我的夫人王美庆女士给予了我极大的鼓励和帮助，从决定出版这本文集，到文章的选择、文集的编排，都凝聚了她的心血。可以说，没有她的帮助和支持这本文集是无法顺利完成的。

人的一生是短暂的，人的学术生涯更是有限的。如何在有限的时间内创造出自己满意的作品，是每一个学者的最高心愿。学无止境，学术亦无止境。这本文集既是对我前半生的一个小结，更是我今后奋斗的起点和鞭策。在这里我欲用一首小诗来做一下总结：

五十年来风雨路，天北地南自辟途。

身无长物放眼量，命运多舛贵人扶。

半世匆匆如烟过，人生茫茫自叹吁。

文章自愧未成家，百年心愿定不辜。

2012年1月31日于京

论法治、人治与德治的关系
——中国与西方人治、法治思想之比较

一、古代中西方有关人治与法治的探讨

（一）古希腊的人治与法治论

古希腊是西方文明的发祥地。法学界认为那里也是现代法治精神的摇篮。其实，只要我们仔细审查那段历史，不难发现当时也存在着人治与法治之争。

自梭伦变法之后，希腊趋向法治。但诸如雅典三十寡头政治的僭主现象，在当时各城邦还是时有发生。在古希腊的学术界，关于人治法治的争论主要表现为尊重法律与尊重智慧，法律统治与智慧统治的相互关系及其优劣良莠问题。

所谓“七贤”之一的毕达库斯是西方历史上第一个崇尚法治的学者。他建议将最高治权（主权）寄托于“法律”，因为治权者寄托于任何“个人”，都难免感情的影响，“这就怎么也不能成为良好的政制”。因此“人治不如法治”[注]。朴素唯物主义者赫拉克利特也赞同法治，他倡导城邦法律，要求“人民应当为法律而战斗，就象为自己的城垣而战斗一样。”智者学派中的普罗泰戈拉同样主张保卫法律，但他又主张保卫风俗和传统道德，这可以看作是人治法治结合论的萌芽。

到了古希腊的苏格拉底、柏拉图和亚里士多德师生时代，上述思想被继承并加以发挥。苏格拉底认为“美德即知识”，“因此统治者应该是有知识的治国之才。”他把统治者比作老练的航海专家，而被统治的人民则相当于船的所有者及船上的一切其他人，他们都要服从于这个有知识的行家。他视帝王之术为最尊贵的才能，最高贵的才艺。其人治的一面展露的淋漓尽致，但他也重视法律，认为僭主政体不依法而依统治者的意志。他还指示人们前往“只需服从法律的城邦”去。为了捍卫雅典城邦法律的尊严，履行其认为应该履行的服从法律的义务，他宁愿接受不公的死刑判决也不越狱偷生。从这一点看，苏氏的法治重于人治。而作为苏氏学生的柏拉图，他受埃及等级制及好友“明君”阿启泰、狄翁的影响，在早期作品《理想国》中勾勒了一个由“哲学王”统治的理想社会，并表示出对法律的不信任，认为“不停的制定和修改法律——来杜绝商业及其他方面的弊端”，无异于“在砍九头蛇的脑袋”。“在哲学家成为城邦的统治者之前，无论城邦还是公民个人都不能终止邪恶，我们用理论想象出来的制度也不能实现……”[注]到了晚年，由于现实经历的打击（主要是身陷囹圄和好友狄翁被害），其思想自《政治家》落笔时就从人治转向法治。到《法律篇》时，他开始认识到“人们必须为他们自己制定的法律并在生活中遵循他们，否则他们会无异于最野蛮的野兽”。但他仍觉得好的独裁者与出色的立法者相结合是最完美的，“法律和规则”只能作为“知识”的“第二种替代物”[注]。人治在柏氏心目中还是重于法治的。可他的得意门生却不赞同这种思想。亚里士多德从柏氏的法治理论入手，将其第二套治国方案加以吸收，提出了法律主治的思想。在《尼可马科伦理学》中，他提出“我们许可的不是人的统治，而是法律的统治”。在《政治学》中他进一步主张“法治应当优于人治”。他对这一命题加以论证后，又对法治的双重意义加以诠释：“对已成立的法律普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律。”但亚氏在承认“法律是优良的统治者”的同时，并没抹杀人们尤其是政治家的智慧，认为“如果既是贤良政治，那就不会乱法”[注]。他觉得有才德的人执政并由人民监督其依法治理的政体是最理想的。在这一点上，他与

柏氏存在相通之处。

（二）中国先秦百家对人治与法治的论述

人们通常认为儒家主张人治，而法家主张法治。其实并非完全如此。孔子一向被认为是一个人治论者。他曾说：周文王、武王关于治理国家的方针政策和业绩，都记载在书本上。现在的问题是有没有能够执行文武之道的人，有了这样的人，国家就能治理好，没有这样的人，国家就治理不好。所以，他的结论是：“为政在人。”他还认为“政”、“刑”的效果有限，只有“德”、“礼”才能从根本上解决问题。因而很多人以此就认为孔子崇尚人治，反对法治。但我们也不应忘了，孔子还说过：“礼乐不兴，则刑罚不中，刑罚不中，则民无所措手足”。[注]他并不是根本不要法与刑。孟子也被大众视为人治论的代表。人们经常引用他的一句话：“劳心者治人，劳力者治于人；治于人者食人，治人者食于人”。[注]并以此论证他是拥护君主专制的人治政体。但他所谓的“惟仁者宜在高位”是建立在“徒善不足以为政；徒法不能以自行”的理论基础之上的。因而他实际上是一个贤人与良法并重的思想家。荀子是儒家集成大者，他一反孔孟的“人性本善”，提出了性恶论，但由于他提出国家的治乱决定于有没有贤人当政，而不在有无良好的法律，因此也被人们视为人治思想家。如果我们仔细研读他的文章，就会发现他在发挥人的作用的同时，也充分估计了法对国家统治者的重要。如”法者，治之端也”；只要具备法治、佐贤、民愿、俗善四个条件就可以称王。他从法治和人治相辅相成的观点出发，着重阐述了人本思想，“君子者法之原也”，“君子者治之原也。”[注]“有良法而乱者有之矣，有君子而乱者，自古及今未曾闻也。”[注]

法家相信人性本恶并以此构建其法治理论。管仲在中国历史上首次为法治、人治下定义：“以法役人谓之法治，以人役人谓之人治”，并认为“先王之治国也，不淫意于法之外，不为虑于法之内也。动之非法

者，所以禁止而外私也，威不两错，政不二门，以法治国，则举措而已”。[注]“上不行法，则民不从”。[注]“法律政令者，吏民之规矩绳墨”。[注]但是，能否就凭这些言论就可以认为管仲为世界法治之鼻祖呢？这里还需慎重。因为，管仲也说过：“夫生于法者君也，守法者臣也，法于法者民也。”[注]可见，法律只是君主用来实现“人治”国的一个手段。商鞅的确曾劝告国君要“不贵义而贵法”，“任法而治”，但他也并不根本不要礼与德，他说：“法者所以爱民也，礼者所以便事也。是以圣人苟可以强国，不法其故，苟可以利民，不循其私”[注]。韩非曾提出一系列“法治”口号，如“以法为本”，“明法者强，慢法者弱”，“不务德而务法”，“明主治吏不治民”，“上法而不上贤”。[注]但他和商鞅一样，都难以摆脱管仲法律工具论的影响。商鞅认为“法者，国之权衡也”[注]韩非则将“法”视为“帝之具”。[注]由此可见，儒家虽重人治，也不忽视法治；法家虽重法治，也不轻人治。

二、古代中西方有关人治与法治的实践

（一）古罗马帝国

古希腊人关于人治与法治的理论很快就被征服他们的罗马人所接受。公元前510年，罗马进入共和国时代。在共和国初期，罗马存在一个问题，就是执政官的权力太大。因此，前462年，护民官阿尔萨要求制定限制执政官治权的成文法，并建议成立一个五人委员会为拟定法律作准备。前454年，罗马共和国派三人考察组前往希腊考察，研究梭伦法制和收集其他资料。考察组三年后回国，罗马即于前450年创立了十二表法。罗马自此进入“法治社会”。但罗马人的法律制度，只是形式上的“法治”。法律只保护奴隶主，唯有他们才是有充分权力的公民。奴隶

主享有一切权利，而奴隶按法律规定却是一种物品，对他不仅可以随便使用暴力，就是把他杀死也不算犯罪。罗马共和国最著名的法学家、柏拉图法治思想的优秀继承人——西塞罗留给后人一句名言：“执政官是说话的法律，而法律是不说话的执政官”。他的本意是提高法律的地位，可由于此语的模棱两可，人们在实践中却把其误解为只要执政官是合法的，那么他就可以为所欲为。

因此，不论是共和国的十二表法还是西塞罗等政治家为建立平衡政体所作的努力都没有防止罗马共和国的瓦解和帝国的兴起。公元前43年，西塞罗因反对三巨头之一的安东尼而被推上刑场，一个时代结束了。

前27年，屋大维开创了帝国的历史。形式上的法治也被彻底的人治所代替了。在屋大维死后的270年内，人治政体下的贤明君主，数得上名字得只有狄度、纳瓦尔、图拉真、安东尼比阿、马克。奥勒留等几位。其余的都是有名的暴君。暴君卡里古拉曾当着众人的面说：“记住，我有权对任何人采取任何行动”。在一次丰盛的宴会上，他对谄媚地问他为何哈哈大笑的两位执政官说：“因为只要我一点头，你们两人的喉咙就能就割断！”尼禄比前者有过之而无不及。特拉塞亚受到了惩罚，因为尼禄觉得他长相阴沉，像一个教师爷。

帝国时代的君主们都以被人们称为“恺撒”而引以为荣。共和国末期的恺撒大帝历来被人们视为是一名贤君，可这主要是基于他的战功显赫，他的擅断政治也丝毫不亚于帝国时代的上述暴君。恺撒曾公开发表言论：“现在人们跟我讲话应当更慎重周到点，应当把我的话视为法律”。他经常引用欧里庇得斯的一句话：“如果人必须做坏事，那么为了王权而做坏事是最好的。”一次，面包师端给客人的面包和端给主人的不同，他竟给面包师戴上脚镣。这一形象，成为帝政暴君效仿的对象。

帝国时代的法学，由于统治者利益的需要，往往是屈从于政治的。卡里古拉一心想废除法学家的研究工作。他经常恐吓说，老天作证，他要留心不让法学家的任何解释违背他的意志。一位双目失明的法学家因

其家谱中保存着恺撒的谋杀者卡里乌斯的肖像而被尼禄判为有罪。法学家彭波尼提出设立君主，就应该赋予他一项权力，即他制定的东西均需遵守。盖尤斯也指出："君主谕令……具有法律的效力，因为皇帝本人根据法律获得治权。"这里，他所说的法律是《王权法》。乌尔比安也相信罗马人民通过该法赋予皇帝最高的权力。他主张"国王不受制于法律"、"皇帝的决定具有法律的效力"。帕比尼安以前拥护君主专制的立场，在212年塞维鲁的两位皇子的争权斗争中，他转而反对皇子卡拉卡拉暗杀其兄弟，并拒绝为卡拉卡拉的可耻行为作辩护，结果被其处死，成为政治斗争中的牺牲品。

直到帝国时代结束，罗马才恢复了一些法治气息。在查士丁尼《法典》中，曾记载了之前的帝国时代末期，罗马皇帝狄奥多西和瓦伦廷二帝告诉地方长官沃伦修斯说："统治者应受到法律的约束，这是一个应享有至高无上权威的说法：因为，甚至我们的权威也取决于法律。而且，事实上，权力应服从于法律对政府而言是最重要的"。这可能是罗马帝国的皇帝们要求法治的唯一记载。(注)

（二）中国封建社会

中国封建社会一直被大多数现代学者视为人治社会，但事实上，在中国古代，不仅存在占统治地位的人治，还带有一些法治成分。

先秦法家虽然并非主张西方意义上的法治，但他们却一向被习惯于人治的人们看作是力主法治的。秦代将其思想付诸实践，但在当时社会的种种条件下，很难让人们接受。和罗马共和国一样，秦朝的法律制度也是形式上的法治。首先，秦始皇超越任何"法"，"独断"一切，自无法制可言。其次，秦始皇习惯"任心而行"，秦朝中央百官处理政务只有看他的脸色行事，倚"上"不倚"法"。再次，秦朝虽有对地方官吏的法律约束，但这些条件都概括力不强，类似于《汉穆拉比法典》中的具体情况具体分析。因此很多律外情况只得让地方官吏另行决断。最后，由于当

时经济不发达，交通闭塞，中央对地方、郡对县的监督控制都十分薄弱，这导致官吏们不同程度地进行人治。比罗马共和国严重的是，秦还将法推向了一个极端，动辄严刑峻法，赭衣塞路，终于使不甘受专制高压统治的人们揭竿而起，秦只存在了数十年就被推翻了。

秦以后的朝代，吸取了秦亡于酷法的教训，从汉朝采用董仲舒“罢黜百家、独尊儒术”的建议之后，人治在中国历史上一直占主要地位，“明儒暗法”成为维护统治的真实写照。人们在儒家人治思想的大前提下推行法家的法治，具体表现在：

首先，法律出自皇权，法律维护皇权，法律的权威源于政府权威。如西汉时，有人责备廷尉杜周不按法办案，只按汉武帝意旨治狱，杜周回答道：君主的“所是”就是法令[注]。

其次，司法隶属于行政，没有独立的审判权。自秦始皇以后，皇帝都喜欢亲自审案，如汉光武帝“常临朝听讼，躬决疑事。”宋太宗“在御，常躬听断，在京狱有疑者，多临决之。”

第三，贵族官僚地主在法律之上享有特权，“刑不上大夫，礼不下庶人”的等级划分，更是让其出了问题可以逃避责任。如三国时，曹操马践麦田，按军令他将被斩首，可在众人的劝戒及其私心的作祟下，他竟割发代首，破坏了自己定下的军法。之后魏律便规定“八议”制度。宋太祖的爱将李汉超借关南百姓钱财未还，抢民家姑娘作妾，老百姓告到皇宫来了时，这位贤明之主却为之说情[注]。

第四，以思想、言词、文字论罪，施行野蛮、残酷的刑罚制度，在诉讼程序上实行刑讯逼供。如唐代时，武则天为排除异己，打击政敌，任用并授意索元礼、周兴、来俊臣等酷吏，滥施刑罚。明朝的嘉靖，其父生前并非天子，为了正名分，嘉靖违背封建礼制，将他下诏追封为“献皇帝”，并入太庙，对谏阻的大臣大用刑罚。清朝雍正时，为打击反清力量，大兴文字狱。

不仅如此，中国封建社会对法律的轻视也流露于各种言论中。在儒

家“治人”高于“治法”思想影响下，伦理道德扮演了宗教的角色，人们对它的服从大于对法律的服从，法家式的严刑酷法被看作法律的惟一可能观念，法律是刻薄寡恩、不近人情的，而同态复仇、亲亲为相隐则在“春秋决狱”等非法律的做法下变得合情合理。西汉的刘安认为“弩虽强不能独中，令虽明不能独行。”重视“贤者”在治国立法中的作用[注]。三国时卫觊说：“刑法者国家之所贵重，而私议之所轻贱。”[注]。宋代的范仲淹也认为“得贤杰而天下治，失贤杰而天下乱。”[注]。清初纪昀编撰四库全书，在其所收集的古今著作目录中，法律著作只收集了不到十之二三。他解释说：“刑为盛世所不能废，亦为盛世所不尚，所以略存梗概而已。”[注]。在民间，老百姓形成“和为贵”，“忍为上”的厌诉心理，“官司衙门八字开，有理无钱莫进来”、“一场官司十年仇”成为一种信念，重情亲理，“关系网”成了礼拜的对象。

但不可否认，中国封建社会的少许法治成分还是发挥了一些作用。

首先，君主和官吏的教育不断加强。自宋代以来，开始设立“经筵讲读官”，定期向皇帝讲授儒家思想和历代统治经验教训。

其次，制度和法律逐渐周到完备。皇帝违法，常有群臣以法律和司法制度为依据进行谏诤，“王子犯法与庶民同罪”。

再次，儒家关于这方面政治思想的逐渐完备。如宋儒提出“存天理，灭人欲”、“法者天下之理”，这些言论被视为限制君权的理论武器。

以上三个因素使得秦之后的法治不但没有削弱，而且还在逐渐增强，当然前提是法治必须在人治占主导的大环境下发展与生存。这种法治显然是脆弱的。《大清律例》中原有一“律”曰：“父母在，子孙不许分财异居。”一日，清帝兴之所至，忽地援笔附“例”曰“其父母需令分析者听。”就这样，皇帝轻轻一笔，一个法条被捅破了。因此，中华帝国出现的盛世景象，往往是人治与法治的完美结合。如闻名于世的大唐“贞观之治”，就是由于唐太宗李世民，带头严于执法。他曾表

示："法者非朕一人之法，乃天下之法。"另外，他还大胆任用房玄龄、杜如晦、魏征、褚遂良等治世之才。

三、中世纪及其以后的西方思想家的法治思想和实践

（一）中世纪时西方思想家的法治思想

在晚期罗马世界，即中世纪早期，关于人治与法治的讨论并没有沉寂下来，只不过在神权和君权的面纱下变得比较模糊。米兰主教圣安布罗斯主张国王不受刑法处罚，但他也说："皇帝制是为了法律，那么他应首先尊重法律。"圣奥古斯丁受他的影响，提出了有了法律，人就可以向他的激情宣战，同时又为罗马君主专制辩护，说"服从君主是人类社会的共同准则。"塞维利亚的圣伊西多尔则告诫统治者："只有他自己表现出对法律的尊重，他才能让法律约束所有的人。"法兰克的查理大帝的老师阿尔昆在若干个世纪后也表示了对法律的推崇。

到了中世纪后期，特别是1075年格里高利七世发动教皇革命，使罗马法成为教会法的一个侍女之后，"法律至上"还是"君主至上"进一步成为人治与法治论战的中心话题。12世纪意大利的格拉提安最先提出"君主要受他们的法律的拘束并依据其法律而生活。"稍后，英国的约翰继承了西塞罗的法治思想，提出"对于践踏法律的人，法律应拿起武器反对他。"不久，英国的人治论者奈杰尔主教就对上述观点予以批驳，宣称统治者的行为"不应为其臣民评判和谴责"，"他们是上帝所批准的唯一管理其臣民的人"，其任命或引退取决于上帝而非人类的决定。

13世纪，意大利的阿库修斯说："没有人可以判断国王的行为。"圣

托马斯·阿奎那总结了前人的思想，提出在涉及法律的约束力时，统治者是高于法律的；而在涉及法律的训诫效力时，统治者对之是自愿并按照其规定行事的。他还提出：“统治者可以在适宜的情形下，在适宜的时间和场合改变法律。”另外，他还赋予统治者在特定案件中为求得正义而舍弃法律的权利。因此，我们可以认为，圣托马斯并非崇尚法治，而是提倡人与法的统一。而在1250年，英国大法官布雷克顿主张“法律高于国王”，他说“国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法。”后来这一名言时常被法治论者引用。同时代的法国人菲利普博马努瓦也是一个人法统一论者，他要求贵族必须守法并要监督其臣民守法，因为国王自己也是如此，但他的重心不是国王应受法律约束，而是极力维护和扩大王权。

14世纪，意大利的马西利在1324年完成的《和平的保卫者》中，反对神权，为王权张目。而巴尔托鲁和其学生巴尔都斯则认为统治者自己不受法律的约束。巴尔托鲁认为，但凡国王基于某种认识而为某一行为，他不应受任何法律的阻碍。巴尔都斯则主张国王充分享有权力，但凡他依据某种认识而为一行为，没有人可以对他说，你为什么做这些事情？15世纪，英国大法官福特斯丘为国王的权力作了界定和解释，并强调国王不能逾越法律，因为即使与国王的命令相违背，法官也必须依据法律作出判决。意大利的马基雅维利对此持一中立态度，在《君主论》中，他主张君主为了达到政治目的，可以不择手段，而在《论李维的前十书》中，他又对法国限制君权的法律表示赞同。晚期的梅奥是一个彻头彻尾的人治论者，他认为国王的确有权发布违反法律的命令，只要他在形式上没有违反法律。

到了中世纪的最后时期，16世纪，上述争论发展到了一个非常时期。1523年，马丁·路德在《论世俗权威》中，确认了上帝授予统治者惩严扬善的绝对权力，他说，即便法律也不是高于统治者的，因为正如所罗门一样，国王可以寻求上帝的直接指示。而法国的让·布丹在1576年的《国家论》（六卷）中也提出：“君主无论如何不能受自己的法律命令限制。教皇不能自己限制自己，同理，主权者也不能自己约束自

己，即使他自己愿意，也是不可以的。”主权的本质在于统治者不受法律的约束。但他又注意到王国应在“任何可能的情况下”，受制于法律，而非统治者的专横意志。上述理论得到了法国的黎塞留首相和图卢兹学派的支持，但也受到苏若茨、法国教士德塞赛尔、法国学者居雅斯、唐奈斯、奥特芒、贝托及西班牙人马里亚纳的反对。

总的来说，中世纪，特别是中后期的思想，为启蒙运动作好了理论准备。

（二）启蒙运动时西方的法治思想

启蒙运动时期，人治与法治的争论发展到高潮。在荷兰、英国、法国、美国及德国等地，涌现出了一大批杰出思想家。

在荷兰，格老秀斯倡导和支持专制主义，在《战争与和平法》（1625年）一书中，他论述了君主主权论的思想。他：“有的人认为，最高权力永无例外地属于人民，所以只要他们的君主滥用权力，人民便可以起来限制他，惩罚他，我们却不能不反对这种意见。这种意见过去已经招致了什么祸事，如果人民一旦全部支持这种见解的话，将来还会继续发生什么祸患，每个明智的人都看得出来。”对于君主与人民的关系，他进一步指出，有一种看法也是不正确的：“当君主能善用权力时，人们应该服从他，而当他滥用权力时就该轮到他来听人民的话了。”因为人民没有“强迫或命令君主的权力。”格老秀斯极力鼓吹政府和君主的无限权力，认为人民必须无条件地服从这个政府和君主，因而遭致许多启蒙思想家的批判。他的同胞斯宾诺莎就是其中一人。他主张最高掌权者应受法律约束，在未完成的《神学政治论》（1679年）一书中，他提到：“对于执政的最高掌权者来说，不可能一方面酗酒狎妓，赤身墨体，粉墨登场，公然破坏和蔑视自己颁布的法令，一方面还保持统治者的威严，这就像是与存在同时又不存在一样不可能。”他还大胆地提出：“其实，君主并不是神，而时常人……所以，如果一切事情都

取决于个人的变幻无常的意愿，那么就不会有稳定性了。”

在英国，霍布斯支持君主专制的政府，他基本上接受了布丹的主权学说，认为主权是一种无限的权力。“主权不论是象君主国家那样操于一人之手，还是象平民或贵族国家那样操于一个议会之手，都是人们能想象得到使他有多大，他就有多大。”在《利维坦》一书中，他继续写道：“国家的主权者不论是个人还是议会，都不服从国法。”他解释道：主权者是“愿意不受约束就可以不受约束的人”，因此主权者就可以不受法律约束。基于这种理由，他认为亚里士多德关于法律统治的主张是错误的。哈林顿反对霍布斯的理论，他坚决捍卫亚里士多德的主张，并将“共和国的政府”界定为“法治的政府而非人治的政府。”针对霍布斯的主权论，他提出“主权是一个必不可缺少的东西，然而又是十分骇人的东西。”他认为权力应限制在理性和美德的范围之内，而不能以情欲与邪恶为范围。他还提出“人民的恶是由统治者造成的；统治者的恶则是由法律或法令造成的。至于法律或法令的恶则是由立法者造成的。”因而应健全法制，“有完备的法则有善良的人。”英国的另一人治论者菲尔麦与霍布斯一样，不停为王权辩护，宣扬君权神授和君权无限的理论，提出“君主的地位优于法律”，“君主高于法律”，“在一个君主制国家中，君主必须超出法律之上。”而洛克则对菲尔麦的理论进行了批判，他认为一个不重视法律的政府，就他看来是“一种政治上不可思议的事情，非人类的能力所能想象，而且是与人类社会格格不入的。”他认为生命，自由，财产是人的天赋权力，要保障这些权力，就必须实行法治。洛克继承了哈林顿的“法治共和国”思想，提出一个真正的共和国应该是一个法制完备并认真执行法律的国家。政府应该以正式发布的既定法律来进行统治，这些法律不论贫富、不论权威和庄稼人都一视同仁，并不因特殊情况而有出入。

荷兰、英国关于人治与法治的思想争论直接影响了以后的法，德，美，意等国的资产阶级革命，同时，也给近代中国的仁人志士提供了一个思考的崭新空间。

（三）中世纪以来西方国家法治活动的实践

封建专制主义与新兴资本主义必然是水火不容的。

詹姆士，这个斯图亚特王朝的第一代君主，在就任苏格兰国王时即已接受布丹的思想，并提出：法律总是来源于国王的，“国王高于法律，他是法律的创造者和赋予效力者。”一个好国王遵守法律是出于自由意志，他的守法不能与臣民的守法相提并论。在他与1603年当上英国国王之后，更是信奉专制君主理论和君权神授学说。在1608年和1610年的两次讲话中，他提出国王应当受法律约束的说法构成判国罪。1609年，他在议会作演讲宣称：“国王不仅是上帝于尘世间的副官，享有上帝的王位。他们对其子民有役使或不役使，擢升或贬谪及操生杀大权，审判所有子民及讼事之权，除上帝外不对任何人负责。”1612年，詹姆士与大法官科克就教会司法权与并立的世俗司法权的问题展开争论。詹姆士主张：既然他是上帝之下的最高法官，他就能够在两者之间作出裁断。科克反对说，根据英国悠久法律，这样的问题在过去一直是法院管辖的事情。詹姆士说，他认为法律的设立基于理性，而和法官一样，他和其他人都是理性的。对此，科克回答：“的确，上帝赋予陛下卓越的学识和不凡的天赋，但是陛下并不精通英国的法律，以及关于生命，继承，物品及其臣民命运的诉讼，判决它们的不是自然的理性，而是人为的理性和法律判决。在一个人获得对法律的认识前，法律是需要长期学习和经验的艺术：法律是审理臣民诉讼的最佳手段；他保护着陛下的安全和和平。”詹姆士说，若他应当遵守法律，确认这一点的理由是什么。科克答道，正如布雷克顿所言：“国王在臣民之上，但在上帝和法律之下。”詹姆士不情愿地接受了这一指责，但过了几年后，他解除了科克地职务，因其一贯阻碍他的意愿。

詹姆士之后，查理一世继位，他也是专制思想的虔诚信徒。他未经议会允许非法征收船税，挑战法律至上的原则，引发了1638年的“船钱”案。这也是人治与法治斗争的一个近代范例。在该案审理过程中，

国王的代理律师说，“国王的征税是政府的行为，不得加以诘究的，要知道权力即是法律啊。”而另一方面（拒绝缴纳船税的富绅约翰·汉普顿）的大律师则说：“法律规定征税必须依国会法案，国王不能自行征税。要知道法律才是权力啊。”王座法院法官布克莱在判决中说：“我未闻法律即权力；但权力即法律倒为人所习知，也最真确。”汉普顿最后以7票比5票的表决被判有罪。1640年查理一世因筹措所需经费而被迫召开会议，议会要求国王削减特权，但国王不愿接受其约束，与之分庭抗礼，最终兵刃相见，爆发内战。这场内战的结果是1649年以叛国罪处死了查理一世，并确立了克伦威尔的领导地位。

可是谁也没有到，所谓共和国的护国公克伦威尔一旦拥有广泛的权力，他就为君权神授的思想招魂纳魄。而随后的查理二世和詹姆士二世，也表示了对法律和议会的蔑视。最终，英国又爆发“光荣革命”，这才确立了资本主义法治。但这种法治，具有很强的虚伪性和不彻底性，只是资产阶级欺骗劳动人民的工具，因此也只是形式上的。

四、中国近代以来法治思想及其实践

（一）启蒙运动对近代中国的影响

西方近代学说传到中国后，在当时的知识分子中反响巨大。首先是严复，他翻译了孟德斯鸠的《论法的精神》，接受了法国式的法治思想，开始反对“有治人，无治法”的传统观念。这是继明末清初黄宗羲“有治法而后有治人”之后第二个反对人治的思想家。19世纪90年代，黄遵宪在《日本刑法志序》中再次提出“以法治国”这一名词，使得人治与法治这对概念迅速引入中国[注]。对这一新生事物，我国资产阶级学者出现两种相反情绪，一种因自己的祖先没有提出法治思想而自惭形秽，

如麦孟华在《商君评传》中说：“中国之弱于欧美者，原因不止一端，而其相反之至大者，则曰中国人治，欧美法治”。另一种则力图将法治的发明权夺到祖宗手中，为中华文明添上新的桂冠。如康有为认为，法治自春秋时即有，各国所行，只是得到我国先圣的经义。梁启超也认为，我国的管仲最早发明法治主义㊟。在康有为、梁启超取得光绪的信任后，他们就开始了变法运动，试图用西方的法治挽救中国。但是，在慈禧为首的顽固派的打击之下，这次百日维新最终以戊戌六君子喋血菜市口而宣告失败。不久，旧中国的统治者们都意识到了“法治”有利于缓解社会矛盾、巩固自己的地位，于是纷纷效仿西方立法。在晚清，出现了中国历史上第一批具有现代意义的法典及草案。

在晚清，还有一批学者他们不赞成康梁搞君主立宪的改良运动，而倾向于民主共和。他们主张法治，但并不偏护封建专制。如章太炎认为“刑不上大夫”的特权法乃是“肉食者所以自谋”之法。孙中山也是持这些观点的，他不仅嘴上说，还领导仁人志士亲自将其付诸实践，推翻了满清的统治。但孙中山的“公理”没能斗过袁世凯的“强权”。袁世凯自己也想当皇帝，可是此时的民主共和已是深入人心，他只能在人民的唾弃和对帝制的绝望中死去。这使得袁世凯之后的中国统治者对法治和人治问题就比较小心了，他们对人治“用而不宣”，对法治“宣而不用”。

1919年，中国爆发了五四运动，民主共和派的陈独秀提出“打破北洋军阀专制主义的特权统治”，“尊重民权、法治、平等的精神”，得到李大钊、吴虞、鲁迅等先进学者的响应。而改良派的胡适则提倡“好政府主义”，要求由好人来组建政府，为社会大众谋福利。他的主张在1922年由王宠惠得以实践，但很快就在军阀派系的斗争中破产。此后，他转向了康梁式的法治。

1927年，蒋介石在南京成立国民政府。以胡适、罗隆基为首的一批受过启蒙思想熏陶的自由民主人士开始反对国民党的一党专制，主张用改良主义来推行法治。1929年4月，胡适发表《人权与约法》一文，提出通过制定约法以确定法治之基础。同年，罗隆基在《论人权》一文中

提出“法治的根本原则是一国之内，任何人或任何团体不得超越法律的地位。”可以说，他们的主张没有脱离西方启蒙思想家的窠臼。

1933年末，自由民主派受到蒋廷黻、丁文江等独裁派的挑战。一方主张民主法治，一方主张专制独裁。这场论争持续了十几年，国统区的法学界都卷入其中。到四十年代中期，“古今中外无纯粹人治之国，亦无纯粹法治之国”的说法成为共识[注]。

（二）新中国的人治法治大讨论

新中国成立后，在50年代中后期，一场人治法治大讨论在全国范围内展开。当时，法学家钱端升、王造时提出了法治主张[注]。钱端升提出“人治随人而易，而法治则可以一成不变，实行法治者，有治人可以进步更快，没有治人也可维持相当的标准。”王造时则指出，我们有一些司法工作者有时也犯了有法不依的过失，这是人治主义的表现。在写给周恩来的信中，他明确表达了建立社会主义民主法治秩序作为长治久安的百年大计的观点。而这一主张，随着1957年反右斗争的展开和群众运动的兴起而备受打击。法律虚无主义蔓延，“要人治不要法治”的思想开始占据主导地位，而“法律至上”被视为“以法抗党”，被人们理解为右派分子企图在中国建立资产阶级的“民主政治”。在文化大革命期间，人治主张更是得到人们的共识。

文革结束后，在1978年2月，著名学者梁漱溟在政协直属小组会议上就中国法制问题发言时一再强调，在当前中国宪法常常是一纸空文，治理国家老是靠人治，而不是法制。“中国历史发展到今天，人治的办法已经走到了尽头。人们对法制的愿望更加迫切、更加坚决了，中国的局面由人治渐入法制，现在是个转折点。”[注]。这一讲话，引起了很大震动，当时中央坚持“两个凡是”的领导人认为这一讲话是大毒草，指示进行批判。但邓小平认为讲得好，并向其他人推荐。同年10月，中国社会科学院法学研究所召开学术研讨会，陈守一在会上发言提出：在文革

前，主要指导思想是要人治不要法治，这样看究竟对不对，值得研究。从第二年开始，第二次人治法治大讨论正式展开。

在这场讨论中，共形成了三派观点。一派可以称为法治人治对立论（也有人称其为“法治论”），主张要法治不要人治；法治与人治是相对立的。法治指以代表全国人民意志的法律为准；人治则指以个别领导人的意志为准。换言之，法治代表民主，人治代表专制、独裁。持这一观点的有陶希晋、于浩成、何华辉、李步云等人。一派可称为法治人治结合论，主张法治与人治不可分，二者必须结合；法律是由人制定并由人实行的，没有人的作用，还有什么法治。持这一观点的有王桂五、廖竞叶、张晋藩、韩延龙等人。还有一派可称为法治人治摒弃论，认为“法治”和“人治”的提法不科学，应予摒弃，代之以“发展社会主义民主、加强社会主义法制”的提法。持这一观点的有孙国华、刘升平、沈宗灵、陈荷夫等人。

这场论战时至今日还未结束。首先，1982年宪法的颁布，接受了法治论的部分主张，从而使摒弃论失去了其存在的价值。摒弃论者沈宗灵后来自己也说，对于用词的选择，一般地说，除非是特别不科学或不合适的，我们应尊重社会上多数人的理解，这是“约定俗成”的原则，而且，17、18世纪资产阶级思想家传播的“要法治不要人治”的观念，适应了八十年代中国加强社会主义民主和法制的潮流[注]。接着，在1988年前后，一些中青年学者提出了新权威主义理论，主张在中国这样一个发展中国家推行强人政治[注]。1993年，一些人提出，什么时候法真正成为统治阶级的工具，而不是个人的工具，什么时候国家就实行了法治，反之就是人治[注]。1995年，又有一些学者提出党的领导权应高于或等于法律的理论。这些人治思想均受到法治派的猛烈抨击[注]。1996年政府将依法治国作为一项基本国策予以确立，再次表示了对法治论的支持。1997年将其主张写入十五大报告和1999年写入宪法修正案，则是对法治论的全面吸收。但从1997年开始，以王建国、朱苏力、陇夫、李波为代表的海归派学者，在80年代结合论的基础上，推出新型结合论；而与之遥相呼

应，一种司法精英论和法治德治统一论也开始形成。

（三）新中国的法治的实践

1949年，新中国宣告成立。在法制建设领域，当时提出了摧毁旧法制、创建新法制的口号。国民党的六法全书被全面否定，而建立无产阶级自己的法治，又不是一天两天就能完成。于是，在1949－1954年之间，我国实际上处于一个“规范真空”时期。旧的法律体系被打碎之后，就必须要有新的东西作为立法指导，而在民间社会中，中国又很缺乏像西方那样不成文法的精神，再加上资本主义对新兴的大陆政权百般仇视，而苏联等社会主义国家却向新中国抱以欢迎态度，因此当时的法律起草主要是借鉴苏联经验，这样一来，维辛斯基等人的理论也开始向中国渗透。受战争年代传统的影响，中共中央在废除国民党立法全书与确定解放区的司法原则时指出，人民的司法工作在新的法律还没有系统的发布以前，应该以共产党的政策和其人民解放军的其他纲领，政令等作依据，在人民的法律还不完备的情况下，司法机关的办事原则应该是有法律，从法律，没有法律，从新民主主义的政策。毛泽东自己也说：“党的政策是国家一切活动的依据。”这种政策至上、政策即法律、政策高于法律的思想，在1954年制宪时，得到了明确的体现。在制定这部法律时，立法者们计划15年完成向社会主义过渡，因此预言该宪法只管15年。在这一时期，政府权威是社会所有权威的唯一来源，法律权威的建立不得不依赖于政府权威。

1956年过渡时期完成。虽然有斯大林的教训摆在面前，党的领导者们还是认为宪法的使命已经结束。特别是此时，与经济集中相伴，各种权力逐渐集中于书记一人之手。于是，1957年，反右斗争一开展，就批判“法律至上”的观点。在1958年8月21日的北戴河会议上，毛泽东作“不能靠法律治多数人，多数人靠养成习惯”的讲话，得到了党内人士的一致支持。蔑视法律的风气得以助长。从1958年开始，公检法部门的正常

工作秩序被打破。1959年开始，政法院系的正常教学也受到了干扰。“有事办政法，无事搞生产”成为政法工作的方针。1966年，文化大革命全面展开，中国进入了一个“无法无天”的时代。在这场政治运动中，江青提出要彻底地砸烂“公检法”。1967年，陈伯达、江青提出制定《公安六法》，将司法权全部集中于公安部门，严重破坏了社会主义法制。1969年，人民检察院被正式宣布撤销。全国各地建立了所谓集党、政、财、文、军事、审判、检察权于一身的革命委员会，“贫下中农管理学校”大量出现，“白卷先生管理政权”，阶级斗争扩大化，就连国家主席刘少奇也被加上莫须有的罪名，横加摧残，含冤而死。因而有学者认为，文化大革命期间是一个连人治都远远不及的时代。

文革结束后，十一届三中全会召开，大规模的“拨乱反正”开始了。对于法治化建设，采取了一种自上而下的变法过程。邓小平提出：要通过改革，用法治代替人治，要让我们的民主法制不因领导人的改变而改变，不因领导人看法和注意力的改变而改变。在实践中，采取了“既依靠政策，又依靠法制”的方式。在80年代制定的一些法律中，法律政策化的倾向还有残余存在。“国家鼓励”，“国家支持”，“国家给予”等政策宣告政策用语频频使用。

从20世纪80年代，我国开始针对受教育程度较低的人群开展普法教育。1982年，新宪法出台后，开始接受某些法治论的某些主张。但在实务界，人们仍乐意用“法制”一词，而拒用“法治”，一些受教育程度较高、行政级别较高、年龄较小的人群法治意识淡薄。1989年六四风波后，搞形式上的法治还是搞实质上的法治，成为人们思考的一个问题。我国转型时期政府权威失落、法律权威缺乏的特征开始显现。1989年9月26日，江泽民同志在中外记者招待会上提出：“我们绝不能以党代政，也不能以党抗法。”他认识到这是一个人治与法治的问题，并表示：“我们一定要遵循法治的方针。”考虑到以前提倡的“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的16字方针，无法表示“实质法治”，1996年，江泽民同志又提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的基本治国方略，并于1999年修改宪法时将这一条明确写入法律条文。随着社

会主义市场经济的迅速发展，原有的法律制度已很难适应社会变化的要求，政府官员的腐败现象成为人们关注的问题，于是2000年江泽民又提出依法治国与以德治国相结合，以期将人治中的某些合理因素加入到法治建设中去，以达到在2010年左右建立一个有中国特色的社会主义法律体系。

五、结论

通过对中西方人治法治之争的分析，我们不难看出：在理论上，古往今来是既有提倡人治的，又有提倡法治的，还有主张二者相结合的，这场论战直到现在也未形成定论；在实践上，在中西方都是实施人治的历史悠而久之，实施法治的历史、法治的推行困难重重。目前的情况也只能说明人治与法治并存，并没有谁取得了决定性的胜利。在现有条件下，我们可以认为，相比人治或者法治，将人治和法治相结合似乎更为可行和合理。

首先，主张法治，反对人治，这是资产阶级启蒙运动时的口号，而到了今天，时代变了，我们不可能拿几百年前的理论来指导现在的实践工作。应该解放思想、与时俱进，从中国国情出发，实事求是。在中国历史上，理想的治世是人治和法治结合得比较好的几个时期。我们就应该从这段历史中找经验。

其次，人治和法治这两种模式各有优缺点，二者可以互相弥补，共同促进。法治具有僵化滞后、尺度不易掌握的缺陷，这些可以通过人治的及时灵活、尺度易定的优势来协调；人治具有因人而易、权威性不强的弱点，这些可以通过法治的相对稳定、权威至高无上的长处来完善。人治是计划经济和自然经济的产物，在微观组织中比较有效；法治是市场经济和商品经济的产物，在宏观组织中更能节省成本。两者一起使

用，可以提高办事效率，降低因彼此缺馅带来的过高成本，矫正人性的不纯。

第三，主张结合论，是当今中西方学术界的一个共相。在中国，以王建国、朱苏力[注]为代表的一批学者在20世纪70、80年代的人治法治结合论的基础上，又进一步提出了新型结合论：人治和法治是社会的两种基本治理模式，如果哲学家愿意，可以让他们制定法律。

综上所述，我们认为，人治和法治相结合不失为一种好的国家治理方式。而在二者的关系上，我认为，法治是一种基本的治理方式，人治只能作为法治的补充或者辅助作用。因为，在中国，人治的基本要求就是“德治”，没有了“德治”也就没有了“人治”，也就没有了“法治”存在的基础。因为，法治是要靠人来操作的，法治不是死的，是要与时俱进的，要实现法治就必须依靠人治，无论你有多么好的制度和法律，如果没有具备一定德行和素养的人来执行这些制度和法律，也是不可能达到法治的目标的。因此，我认为，法治和人治不是完全对立的，而是相辅相成的，互相作用的。关键看我们如何理解和处理这两者之间的关系。

下面，我们就来分析德治与法治、人治的关系。先看德治与法治。在西方，关于二者的讨论往往就是法律与道德关系的讨论，从古希腊的普罗泰戈拉到近代的启蒙思想家们，都将法律与道德统一化。在中国，德观念自西周初期萌发，经周公提倡而登上政治舞台，至春秋末经过孔子加工而形成完整的德治理论。德字在商代已出现，《尚书》中已出现了“汝有积德”，“动用非德”，“施实德于民”等记载。有学者把“德”字释为：“在道路上发生了一件正直的事情。”殷（商）人关于德的观念是与战争、财产和祭祀相联系的。“得”与“德”相通、并用，与“征伐”之义相同。周人已基本上不将德字用作征伐之义了，德成为了联系“天”和人间的重要枢纽。周公总结了商人迷信鬼神、专任暴力而亡的教训，提出了“以德配天”的理论，从而完善了“天祖二元神”的神权思想体系。《尚书》说，夏桀无德，天于是“乃命令尔祖成汤革夏。”其结论是：“皇天无亲，惟德是辅”。于是，提出了“敬德”、“明德”思想。所谓“明德”，就

是必须克制自己的欲望；要关心民间的疾苦，甚至于把民抬高到与德、上帝并列的地位上来认识。孔孟继承了周公重德，“怀保小民”等思想，并把它们加以完善，提出了“为政以德”的“德治”学说。孟子进一步把“德治”发展成为可以操作和贯彻的“仁政”主张。提倡“有教无类”，反对“不教而杀”。这种理论是把统治者置于人民大众相并列的社会生活的舞台上，要求其为了国家和社会的安宁与发展谨慎地施政。“德治”要求不仅给百姓带来物质上的富裕和道德上的提升，而且还可以给统治者带来精神上的满足和人格上的完美。而且，在中国思想发展史上，关于二者的讨论往往伴随着人治、法治大讨论而进行，以孔孟为首的正统儒家、中国的墨子重德治而轻法治，对后世产生了深远的影响。我个人认为，德治与法治的联系只在于两点：法治是传播德治的有效手段，德治是法治的评价标准和推动力量。而它们的区别远远不止这些。

首先，德治先于法治而产生。国家和阶级还未产生，就有德治。

其次，德治是约定俗成的，而法治需要国家制定认可。

其三，德治只强调义务，法治既强调权利又强调义务。日本学者町田富秀曾说，道德只叫“勿杀人”，法则于“勿杀人”之后有之“杀人者处死刑”。

其四，德治的实施不凭借国家强制力，法律的实施必须依靠国家强制力。

第五，德治比法治的范围要广泛，而法治之中只有一小部分具有德性。一个明显的例子就是我国现行的《婚姻法》对包二奶、第三者等社会现象无法规制，这些只能交给道德来管辖。当然通过离婚损害赔偿制度也能解决一些问题，但那只是一种保护善良和无辜的无奈的做法，只能给予受害方一些有限的安慰与精神补偿，但解决不了用金钱及其他方式所无法弥补的属于人的本性的一些实质性的问题，如情感、精神损害等。

第六，德治只能在人际交流和隐私公开的前提下才能实现，法治则

可以避开这些对个人自由不利的因素。

第七，德治的理论基础是性善论，法治的理论基础是性恶论。这些可以从儒法之争的过程中找到证明。

可见，法治与德治是既有区别也有联系的，在将其与人治结合起来以后，我们也可以这样认为，德治是一种治理方式，是从属于人治的。在儒家法律思想中，德治的实质是人治，德治、人治其实相互依存，互为根据，德治的推行依赖于人治，人治的完成则又须德治。有的认为，中国古代通常所说的“人治”，是以德的准则来约束民众、治理国家的。人治之本是“德”，因此，中国古代的人治其实是德法兼顾的，其表现形式即“德主刑辅”。

但是，我们知道，中国古代的人治主要包含“贤能之治”和“德治”两方面。前者强调领导人的才能，后者强调领导人的品德。德才兼备是理想的人治。但相比贤能之治，德治才是人治的内核或主要表现形式，德治被包含于人治之内。在中国理论界，孔孟提出“德治”，墨子则提出“尚贤”。在实践中，统治者们表面上接受了孔孟的儒家主张，但却从未好好实施过德治；相反，看似不受重视的墨家学说，往往是统治者们优先考虑的。这就造成了中国历史上一治一乱的局面。许多朝代的君王，因不重视个人的品德修养，而只凭才能或武力治天下，都没有坐稳自己的皇位。如唐玄宗李隆基，堪称“明皇”，在其早年曾出现“开元盛世”的大好局面，但后来他沉溺美色，不务朝政，酿成“安史之乱”，唐朝自此由盛及衰。因此，在当今的中国，我们要真正实现我们的理想社会的目标，应当构建起一种符合我国国情和历史传统的治理模式**——“以法治为本，重视人治，兼顾德治”——在努力实现以法治为治国之本的前提下，在充分发挥人的治国作用的同时，以法治和德治共同制约人治，以达到三者的和谐与统一。**这里的关键在于如何用法治去遏制人的恶性的同时，又能够充分发挥人（贤能）的作用，使得其能够在道德的范围内运用自己的能量，去实现其造福社会和国家的理想。这里对于权力者在行使公共权力时的制衡与制约机制便成为了关键的一环，

这里的制衡与制约，应当既有法律层面的，更有道德层面的，而主要是法律层面的。要建立起一个能够对从权力的赋予、确认，到权力的行使的过程、后果，都可以予以严格制衡或者约束机制，而这种机制又不是机械的、形式上的，而是灵活的、实际的和切实可行的，要形成一个让掌握权力者既知道自己权力的属性，又明白这些权力不是无限的，是要受到严格的监督和制衡的，自己只是这个权力链条中的一个环节，无力对于超出自己权限之外的事物行使权力，而且这种权力的行使，是要符合社会发展潮流的，是要能够经得起社会实践和历史检验的，如果决策上发生失误或者错误，是要对全社会负责，对全民族负责的。**世界上没有不受制约的权力，也没有制约不了的权力，**关键是要看这些权力是否受到了人民的监督，得到了人民的的授权，代表了绝大多数人民的共同利益。

因此，在论及法治、人治、德治三者的关系时，笔者认为，在我们建设社会主义市场经济体制、建设社会主义民主和社会主义法治的过程中，应以法治为本，在重视人治的作用的同时，把德治作为制约人治、补充法治的一个重要支柱。因为，任何一部法律、一个案件、一件工作，都是需要具体的人去制订、审理、操作的，离开了人任何事情也做不了，这是一个基本常识。但是，人是有情感、好恶、喜怒哀乐的高级动物，况且，每个人的经历、性格、感情又是复杂多样的，他们对于每一个事件（案件）的认知、看法也不可能是完全一致的，因而对于同一事件（案件）的处置也不会完全一致，甚至是大相径庭的。因此，为了弥补人性的这一不足，就需要制定处置事件的一个基本标准（准则），否则，就无法体现人类对于社会的公平、正义等基本理念的追求，于是就产生了法治的要求，人类希冀通过施行法治来消弭或减少人治中可能或者必然产生的消极甚至对于人类发展带来不利影响的后果，但法治又是通过人来实施的，离开了人的具体操作和运作哪里还谈得上法治。因此，这才有了延续了数千年的人治与法治之争。在这种旷日持久的论争中，人们又发现另外一个理念——德治，从某种程度上同样能够对人治加以遏制，而且，它比法治来的更为稳妥，更能够令大多数人接受，因

为，德行本身就是人类对于自身处世立身的一种理想追求。于是，思想家们又力图把德治列为治国安邦的手段和理念之一，以求达到天下和谐的境地。但是，从本质上讲，德治仍然没有跳出人治的范畴，它是人们对于人治的内涵的要求和体现，人们希冀通过德治来遏制和消弭人性的恶的一面，使得统治者和社会管理者在行使权力的时候，时刻铭记德对于他们的要求，希望以此道德的层面来约束管理者不道德的行为，实现社会的公平正义、和谐稳定。但是，毋容置疑，作为现代社会的统治者和管理者，仅有德行又是远远不够的，因为，欲管理纷繁复杂的现代社会，如果不掌握一定的科学知识，不具备先进的思想和科学发展观，不具备准确地把握事物的本质和处置事件的能力，对于现代社会来说也是很危险的，一个错误的决策所带来的危害往往不仅仅局限于一件或者一类事件，更重要的是会影响到整个社会的稳定发展和全社会大多数人的利益，这类教训在我们的历史上是屡见不鲜的。因此，德治之内涵还应当包含对人的能力的要求，包含对于执政者的知识、水平的要求。而此时法治的力量就可能对此起到积极的作用，因为，法治所具有的客观性、统一性、科学性、规范性等特性，会对人治或者德治产生必要的遏制和协调作用。由此，笔者认为，在治理当代社会中，法治、人治和德治是三个不可缺少的基本要素，但三者又不是完全平等的，其中，法治是基础，人治是手段和表现，而德治则是对于人治的要求，对于法治的补充。三者的和谐统一，恐怕才是我们应当遵守的治国准则。

（原载于《天津法学》2010年第2期）

---

1. 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭中译本，商务印书馆1964年版，第142页注释[1]。
2. 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版，第143、255页。
3. 柏拉图：《法律篇》，张智仁、何勤华译，上海人民出版社2001年7月版，第309页。
4. 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭中译本，商务印书馆1964年版，第168－171、199、271页。

5. 《论语·子路》。
6. 《孟子·滕文公上》。
7. 《荀子·君道》。
8. 《荀子·王制》。
9. 《管子·明法解》。
10. 《管子·法法》。
11. 《管子·七臣七君》。
12. 《管子·任法》。
13. 《商君书·更法》。
14. 《韩非子·忠孝》。
15. 《商君书·修权》。
16. 《韩非子·定法》。
17. 以上部分主要参考程燎原、江山：《法治与政府权威》，清华大学出版社2001年7月版。
18. 马振铎、徐远和、郑家栋：《儒家文明》，中国社会科学出版社1999年版，第156页。
19. 朱寄云、孙庆明、金明烨：《中国古代执法断案史话》，吉林人民出版社1982年版，第211－212页。
20. 段秋关：《<淮南子>与刘安的法律思想》，群众出版社1986年版，第94－95页。
21. 《魏书·卫觊传》。
22. 曹刚：《法律的道德批判》，江西人民出版社2001年9月版，第209页。
23. 黄进、刘卫翔等编：《韩德培文集》，武汉大学出版社1996年版，第493页。
24. 黄之英编：《中国法治之路》，北京大学出版社2000年版，第107页。
25. 俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社1992年版，第39页。
26. 张晋藩、曾宪义：《人治与法治的历史剖析》，载《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版，第227页。
27. 陈景良主编：《当代中国法律思想史》，河南大学出版社1999年6月版，第119页；公丕祥主编：《当代中国的法律革命》，法律出版社1999年12月版，第211页。
28. 公丕祥主编：《当代中国的法律革命》，法律出版社1999年12月版，第317—318页。
29. 王勇飞、张贵成主编：《中国法理学综述与评析》，中国政法大学出版社1992年

版，第598页。

30. 程燎原：《从法制到法治》，法律出版社1999年9月版，第105页。

31. 黄之英编：《中国法治之路》，北京大学出版社2000年7月版，第79页。

32. 郭道晖：《法的时代精神》，湖南出版社1997年版，第32页。

33. 朱苏力：《认真对待人治——韦伯<经济与社会>的一个读书笔记》，原载社会学视野网。14

论我国特色法律体系的开放性
暨后法律体系时代法律体系的拓展方向

开放性本是一个哲学概念，其是相对与封闭性来说的。所谓封闭性，主要有两种解释，一是指以封记关闭，使不能动用、通行或随便打开。如《史记·项羽本纪》云："今沛公先破秦入咸阳，豪毛不敢有所近，封闭宫室，还军霸上，以待大王来。"二是指隔绝、蒙蔽。如南朝梁沉约的《答庾光禄书》云："忌日制假，应是晋宋之间，其事未久。制假前止是不为宴乐，本不自封闭，如今世自处者也。"明高攀龙著《讲义·万物皆备章》云："人被物欲封闭，却全隔碍了，故须强恕。"中国明清时期及日本国明治维新以前曾一度奉行过的闭关锁国政策，即属一种封闭性统治方式，其是不与外界接触的一种国家政策，其基本特征是不与外国往来，严格限制对外经济、文化、科学等方面的交流。其影响有正负两个方面，正面影响是：从一定程度上打击和限制了当时猖獗的海上走私以及海盗行为；对沿海地区的稳定起到了积极作用；对西方殖民者的侵略活动，起过一定的自卫作用。但其负面则更加明显：致使中国与世界隔绝，严重的阻碍了资本主义的萌芽发展；使得中国和世界脱轨，渐渐的落后于世界；文化上，经济上，科学上无法和世界接轨，各种先进技术思想难以发展，整体上呈现帝国黄昏现象；减少了与外界接触的机会；阻碍本国的经济发展，彻底丧失对外贸易主动权；阻隔与外国的科技文化交流，以至阻碍生产力的发展和社会进步；造成国际冲突；影响社会科技发展；限制了对外贸易和航海事业的发展；是导致近代中国落后挨打的重要原因之一。新中国成立以后，特别是20世纪80年代以来，中国实行的改革开放政策逐渐地彻底打破了这种

阻碍中国发展的闭关锁国政策，把对外开放，吸收借鉴国外的先进的经验和成果作为立国的一项基本国策。

开放性的哲学概念是指一种理论和作品在面对读者和研究者来说，是允许我们介入的，其留给我相当多的空间，去思考，去拓展，以达到对理论和作品更深入的阐释和理解，并且在给定的条件下成为一种信息源，通过我们不断的介入，向外辐射出信息。开放性的实际意义是指一种具有开放性质的措施和形式，它是对于一种社会现象或者制度的构建和发展模式、性质的评价和描述。从政治、法律制度上来讲，所谓封闭性和开放性，实质上是指一种政治、法律制度在构建和发展国策中是处于一种自我封闭、与世隔绝、自我循环的状态，还是处于一种开放的、自我扬弃、兼收并蓄、不断拓展、与时俱进的状态。对于一个现代的健康的社会来讲，前者模式无疑是一种落后的、被动的、逆历史潮流而动的，最终必然走向自我毁灭的模式；而后者则代表了世界发展的趋势，是富国强兵的必然之路。我国改革开放以来的30多年的法治发展历程，充分反映了开放性对于构建我国特色的社会主义法律体系的重要作用，开放性也成为了我国社会主义法律体系形成过程中一个十分突出的特征，这个特征也决定了我国后法律体系时代法律体系发展和拓展的基本方向。本文欲在认真总结我国在形成中国特色法律体系过程中的开放性特征的基础上，指出我国未来进一步完善法律体系的过程中应当坚持的原则和基本方向。

一、我国特色社会主义法律体系开放性特征的突出表现

（一）积极吸收和借鉴外国法经验

自从20世纪80年代以来，我国在立法过程中大量吸收借鉴外国法的经验。据不完全统计，在行政法、民法、商法、刑法、诉讼法等各个领域的立法中，现代世界几乎所有的立法原则和精神乃至具体制度，在我国的法律中都能够找到被直接吸收、引用，或者借鉴的影子和实例。譬如，在行政法领域，1982年11月制定的《食品卫生法》，吸收借鉴了美国、德国、日本等国的有关该法的适用范围、食品卫生监督、营业场所和设施的卫生要求，行政处理和处罚，刑事处罚等内容；1992年11月制定的《矿山安全法》，吸收借鉴了日本、美国、印度等国的矿山安全的执法机关及其职权，矿山安全建设的安全保障，矿山事故的报告处理，法律责任等内容；1994年制定的《审计法》，吸收借鉴了美国、西班牙、土耳其、德国、法国、瑞典等国的审计机关的设置，审计监督的范围，审计调查的权限等内容；2003年8月制定的《行政许可法》，吸收借鉴了现代行政法治中各国通行的信赖保护原则，规定：公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可决定所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的，行政机关应当依法给予补偿。在民法领域，1986年4月制定的《民法通则》，吸收借鉴了国际通行的私法精神与立法原则，其中，民法的根本原则——平等原则，自愿、公平、等价有偿、诚实信用等民法基本原则，民事法律行为，民事权力、民事责任体系，等均是在吸收美国、德国、法国等国的民法理论和实践的基础上，结合我国情况构建起来的；1990年9月制定的《著作权法》，吸收借鉴了美国、法国、德国、日本、苏联、意大利、英国等国著作权立法中著作权保护的作品，著作权的归属，邻接权，对著作权的限制，著作权合同等内容；1993年2月修正的《商标法》，吸收借鉴了法国、美国、意大利等国的对假冒他人注册商标行为的处罚，对伪造他人注册商标的识别标志行为的处罚，对销售假冒他人注册商标的商品行为的处罚，等内容；1999年3月制定的《合同法》，吸收借鉴了美国、

德国、英国、日本、法国等国的合同自由原则，合同效力，情势变更，以及各类有名合同，等内容；2007年3月制定的《物权法》，吸收借鉴了德国、日本、美国等国的建筑物区分所有权、不动产登记、地役权、担保物权等内容。在商法领域，1986年12月制定的《企业破产法（试行）》，吸收借鉴了英国、法国、意大利、日本等国的破产条件，破产程序的提出，破产程序的分类，等内容；1990年4月制定的《中外合资经营企业法（修正案）》，吸收借鉴了美国、日本、德国、法国、荷兰、智利、波兰、韩国等国的公司法或民法中关于公司期限的规定，外国投资法中关于合营企业经营期限的规定，等；1992年11月制定的《海商法》，吸收借鉴了国际商事组织、英国、德国、日本等国的提单运输中合同成立的时间，船舶所有权和抵押登记的效力，提单运输承运人的基本义务，船舶优先权，等内容；1993年12月制定的《公司法》，吸收借鉴了德国、日本、韩国、法国、挪威、英国、比利时等国的公司的设立，股权的转让，公司的机构，股东会，董事会，监事会，公司的合并、解散、清算，外国公司，等内容。在刑法领域，除了吸收借鉴了国外罪刑法定等现代刑事法治的基本原则和精神外，还针对我国的实际情况，参照国外刑事立法经验，在刑法中规定了洗钱罪、内幕交易罪、操纵证券期货交易价格罪、妨害信用卡管理罪等罪名。此外，在劳动法、环境法、诉讼法等领域，也都不同程度地吸收借鉴了美国、日本、韩国、德国、英国、加拿大、苏联、波兰、蒙古、伊拉克等国的相关制度。注

总之，在30年的立法活动中，我国充分借鉴了一切人类文明的有益成果，坚持中国国情与世界立法文明成果相结合，走出了一条既属于中国也属于世界的立法之路，值得我们很好地总结。

（二）与中国改革开放同步进行

中国自20世纪70年代末开始的这场改革开放的革命，本身就是一个

充满了开放性的过程，其不仅包括了经济开放，也包括了制度的开放。在这个过程中，中国的立法活动始终是围绕着经济社会发展和改革开放的需要而进行的，立法的目的和宗旨始终是为经济社会发展和改革开放服务的。这是中国立法一个基本经验。因而，中国立法的过程始终与改革开放的过程是同步进行的，二者相得益彰、相辅相成。

早在改革开放的初期，中国面临着百废待兴的局面，为了彻底扭转30年来中国基本无法可依的局面，中国最高层提出必须做到有法可依，要求把立法工作摆到全国人大及其常委会的重要议程上来。提出要集中精力制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律，法律条文可以粗一些，逐步完善，有比没有好，快搞比慢搞好。于是，中国最高立法机关开始了紧锣密鼓的立法工作，从1978年到1982年，中国立法机关的主要精力放在了国家宪法及其相关法，以及国家机构法律制度的构建上，颁布（修正）了宪法及其相关法律9件，行政法10件，使得包括宪法在内的国家主要机构的基本法律制度初步建立起来，其中包括宪法（1982年）、地方各级人大和地方各级政府组织法（1979年）、全国人大和地方各级人大选举法（1979年）、全国人大组织法（1982年）、国务院组织法（1982年）、人民法院组织法（1979年）、人民检察院组织法（1979年）、国籍法（1980年），等。与此同时，为了适应改革开放的需要，开始制定吸引外资和调整公民人身权利和财产权利的法律，例如，中外合资经营企业法（1979年）、婚姻法（1980年）、商标法（1982年），等。此外，打击犯罪，保护国家和公民的人身财产权益的立法也同时进行，譬如，刑法（1979年）、刑事诉讼法（1979年），等。

1983年到1992年是中国由计划经济向市场经济转变的10年，这一时期中国提出了介于计划经济与市场经济之间的有计划商品经济理论，1983年明确提出了计划经济为主、市场调节为辅的原则，开始强调发挥市场调节的作用，但不能忽视和放松国家计划的统一领导。于是，以经济建设为中心的立法成为了这一时期国家立法的主要的特征。在这一时期，民法商法和经济法领域的立法十分突出，仅民法商法领域就有9件

重要立法，包括：专利法（1984年）、继承法（1985年）、民法通则（1986年）、外资企业法（1986年）、全民所有制工业企业法（1988年）、中外合作经营企业法（1988年）、著作权法（1990年）、收养法（1991年）、海商法（1992年），等。经济法领域的立法则更为突出，达18件，包括：海上交通安全法（1983年）、统计法（1983年）、会计法（1985年）、计量法（1985年）、矿产资源法（1986年）、土地管理法（1986年）、邮政法（1986年）、标准化法（1988）、进出口商品检验法（1989年）、铁路法（1990年）、烟草专卖法（1991年）、进出境动植物检疫法（1991年）等。

在加强民法商法和经济法立法的同时，社会立法也在不断地向前推进。从在20世纪90年代初开始，我国的社会立法开始得到国家立法机关的重视，取得了一些可喜的成绩，残疾人保障法（1990年）、未成年人保护法（1991年）、工会法（1992年）、妇女权益保障法（1992年）、归侨侨眷权益保护法（1990年），等一批社会法律相继问世，反映了在由计划经济向市场经济转变时期我国政府开始关注社会建设，并且着手构建具有中国特色的社会保障事业，以适应社会发展的需要。

1993年到2002年中国处在建立社会主义市场经济体制的背景下，1992年，我国提出经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制。这一时期立法的一个基本任务就是建立和完善社会主义市场经济法律体系，特别是抓紧制定与完善保障改革开放、加强宏观经济管理、规范微观经济行为的法律和法规。因此，这一时期立法的一个重要特点就是围绕市场经济体制的主要环节，努力构筑社会主义市场经济法律体系框架。于是，在规范市场主体、确立市场规则、维护市场秩序，完善宏观调控，建立社会保障制度，保障对外开放，振兴基础产业和支柱产业等方面的立法得到了空前的加强，出台了一系列商事、经济和社会方面的法律，这是我国建国以来第一次把商事立法作为一个独立的法律部门予以高度重视，反映了国家在构筑社会主义市场经济体制过程中对商事的重新审视的新的动向。具体地说，在规范市场主体方面，制定了公司法（1993年）、商业银行法（1995年）、合伙企业法（1997年）、个人独

资企业法（1999年）。在确立市场规则、维护市场秩序方面，制定了反不正当竞争法（1993年）、城市房地产管理法（1994年）、广告法（1994年）、仲裁法（1994年）、拍卖法（1996年）、担保法（1995年）、票据法（1995年）、保险法（1995年）、证券法（1998年）、信托法（2001年）。在完善宏观调控方面，制定了预算法（1994年）、审计法（1994年）、中国人民银行法（1995年）、价格法（1997年）。并对统计法、个人所得税法等法律进行了修改。在建立社会保障制度方面，制定了劳动法（1994年）、老年人权益保障法（1996年）、公益事业捐赠法（1999年）。在保障对外开放方面，制定了对外贸易法（1994年）。在振兴基础产业和支柱产业方面，制定了农业法（1993年）、民用航空法（1995年）、电力法（1995年）、公路法（1997年）、煤炭法（1996年）、节约能源法（1997年）、建筑法（1997年），修改了矿产资源法等法律。这样到21世纪初，社会主义市场经济法律体系框架初步形成，为社会主义市场经济的培育和发展提供了法制保障。这一时期立法的一个明显特征就是与市场经济有关的法律基本上都制定出来了，一个具有中国特色的市场经济法律体系已经初步形成。

2003年以来，中国政府明确提出要完善社会主义市场经济体制，做到统筹城乡发展、区域发展、经济社会发展、人与自然和谐发展、国内发展和对外开放的要求，基本要求就是统筹兼顾，全面协调可持续发展。具体要求就是“坚持以人为本，树立全面、协调、可持续的发展观，促进经济社会和人的全面发展”。围绕这一中心，立法的指导思想和中心任务也放在了保障和落实科学发展观方面。这一时期立法的重心便放在了协调社会利益关系，保障社会和谐，促进科学发展方面。于是，劳动及社会保障法的立法便成为了这一时期的亮点，特别是2007年连续颁布了三部有关劳动和社会保障方面的法律——劳动合同法、就业促进法、劳动争议调解仲裁法，其与以前颁布的劳动法、工会法等法律一起初步构筑起了我国劳动法律体系。2010年颁布了《社会保险法》进一步完善了我国的社会保障法体系。此外，为了进一步适应市场经济的发展和对外开放的需要，进入21世纪以来的10年间，我国继续颁布了一

系列确立市场规则，维护市场秩序，完善宏观调控的法律，如，证券投资基金法（2003年）、银行业监督管理法（2003年）、电子签名法（2004年）、可再生能源法（2005年）、企业破产法（2006年）、农民专业合作社法（2006年）、农产品质量安全法（2006年）、反垄断法（2007年）。这一时期的立法有两个特征，一是补充性，即过去因当时条件所限没有立法或者立法不完善的领域，如企业破产法；二是修改性，即根据经济和社会发展的需要对于已经颁布的法律予以修订（改），如公司法等。这也反映了中国立法与时俱进、着力适应经济社会发展需要的开放性的特征。

（三）逐步注重中国元素在立法中的作用与分量

中国立法除了积极吸收和借鉴外国的经验外，其开放性特征的另一个突出表现就是不拘泥于对于外国经验的吸收和借鉴，更加注重中国元素在立法中的作用和分量，即在吸收借鉴国外经验的基础上不断地打造属于中国自身的法律和法学元素，以期于使得立法更加适合中国的国情，更加有利于中国自身的发展，避免走外国走过的弯路。这在我国立法中的表现还是十分突出的，如《合同法》中关于法定解除权产生条件的规定；《物权法》中关于物权变动模式的规定，《侵权责任法》中关于侵权责任承担方式多样化的规定以及关于多元损失分配机制的规定。在这些立法中已经孕育出了有资格被称为是“中国元素”的诸多民事法律制度。[注]此外，诸如根据我国宪法及相关法律的规定，我国宪法与基本法律之间的效力关系使得现行宪法制度的正当性只能依托人民代表大会制度产生，也就是说，我国的宪法制度只是作为人民代表大会制度的一个部分而存在，宪法的根本法权威不能超越作为最高国家权力机关全国人民代表大会的政治权威。因此，从某种意义上来说，我国的政治制度的正当性是立足于“议会至上”的人民代表大会制度，而不是来自于“法律至上”的宪法制度。在我国的政治制度框架下，民主的价值要高于法

治的价值，这也就决定了以宪法为核心的社会主义法律体系不能忽视民意和政策因素的影响。㊟《物权法》中把所有权划分为全民所有、集体所有和个人所有三种类型。《农村土地承包法》对于农村土地承包制度的确认与规范。香港与澳门特别行政区基本法，则更是体现了中国奉行的已为世界所公认带有浓厚中国元素的“一国两制”的理论和实践被中国立法所确认并得以付诸实施。等等，这些都是我国立法中注重中国元素的重要体现，这也为我们今后的立法指明了方向。

（四）注重对于社会和经济生活中发生的重大事件的反响，和社会对于某些法律规定的意见，及时在立法上作出回应，促进和谐社会的构建

改革开放以来，特别是进入新世纪以来，社会发生的各类突发事件越来越被社会所关注，这些事件也同样引起国家立法部门的高度关注，并且直接影响了立法的进程，这同样是中国立法的开放性特征的一个突出表现。2003年，孙志刚事件在社会上产生巨大反响后，被有关方面认真对待、积极回应，最终促成实施20多年的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的废除和《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》的出台。2007年10月全国人大常委会对于2004年施行的《道路交通安全法》第76条第1款第2项规定：“机动车和与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故的，由机动车一方承担责任；但是，有证据证明非机动车驾驶人、行人违反道路交通安全法律、法规，机动车驾驶人已经采取必要处置措施的，减轻机动车一方的责任。”针对社会上对于在双方都有过错或者受害人一方过错的情况下，按照什么标准减轻机动车一方的责任，如何做到既公平确定责任，又体现对非机动车驾驶人、行人的保护的看法，进而提出《道路交通安全法》第76条的规定不够具体，实践中，不少地方性立法对机动车一方承担责任的比例做了规定，造成了全国各地比例标准的不统一的意见，对该条款作了修正，明确了机动车一方承担

赔偿责任比例。2008年的三鹿奶粉事件，加快了《食品安全法》出台的步伐。2011年2月全国人大常委会表决通过的刑法修正案（八）对于2010年以来被社会关注的醉酒驾驶、飙车等危险驾驶行为等正式入罪，等等，这些事件对于立法的影响反映了立法机关对于社会舆论和呼声的重视，充分反映了我国立法的开放性特征和立法不拘泥于已有规定，具有创新、开拓精神。

（五）坚持民主立法、科学立法

民主立法、科学立法是进入新世纪后我国立法机关提出的一项立法工作的基本方针。2008年4月全国人大常委会委员长会议决定，今后全国人大常委会审议的法律草案，一般予以公开，向社会广泛征求意见。其实，早在此之前，全国人大常委会就已经向社会公布法律草案，征求意见，据统计，自1982年起草1982年宪法时起，全国人大及其常委会已有近20部法律（宪法）草案向社会征求意见，例如，1982年宪法草案于1982年4月26日向社会公布，有近百处根据征求到的意见做了修改；1988年11月9日行政诉讼法草案向社会公布，根据各方意见作了多处修改和补充；2005年7月10日物权法草案向社会公布，收集到11543件意见，很多被采纳；2006年3月20日劳动合同法草案向社会公布，收集到191849件意见，创人大立法史新纪录；2007年3月25日就业促进法草案向社会公布，收集到11020件意见；2008年4月20日食品安全法草案向社会公布，收集到11327件意见；2008年12月28日社会保险法草案向社会公布，收集到70501件意见。(注)

除了通过向社会公布草案征求意见外，立法听证是开放性立法的又一重要形式。2005年9月，在全国人大常委会初次审议的个人所得税法修正案草案规定个人所得税工资、薪金所得减除费用标准为1500元之前，全国人大法律委员会、财政经济委员会和全国人大常委会法制工作委员会在北京举行听证会，对这一减除费用标准是否适当，进一步广泛

听取包括广大工薪收入者在内得的社会各方面的意见和建议。这是国家立法机关第一次就立法问题举行听证会。此外，全国人大常委会每一次立法都要征求学者、专家的意见，都要召开一定范围内的立法研讨会或者征求意见会，并且，立法机关的工作人员也会主动地参加学界召开的一些研讨会，充分听取学者的意见。这些都反映了国家立法机关对于民主立法、科学立法的高度重视，尽量避免由于关门立法、封闭性立法所带来的不良和不科学的后果，以增强立法的科学性和可行性。

（六）坚持制定法律与修订法律并重

立法必须是时代发展的产物，必须反映经济社会的最新情况和需要，而在法律制定之后有一定的稳定性，一般在一个时期之内不会很快被修正，这也就造成了立法的滞后性，而解决这种滞后性的一个首选的方法，就是根据具体情况及时修改或修正现行的法律，使其更加符合经济社会发展的需要。我国由全国人大及其常委会制定的现行有效法律中，有超过30%的法律被修改过。据不完全统计，宪法及相关法共修改7件，其中修改四次的2件，修改三次的1件，修改两次的1件，修改一次的3件；民法商法共修改15件，其中修改三次的1件，修改两次的5件，修改1次的9件；行政法共修改22件，其中修改三次的1件，修改两次的4件，修改一次的17件；经济法共修改21件，其中修改五次及以上的1件，修改三次的1件，修改两次的4件，修改一次的15件；社会法共修改3件；诉讼与非诉讼程序法共2件；刑法修改八次。[注]这种制定法律与修订法律并重的做法，实质上也是立法开放性的表现之一，反映了我国立法机关所遵循的开放性、实用性、灵活性与慎重性并重的立法理念。

二、我国后法律体系时代法律体系的拓展

方向

上述我国立法的开放性特征，使得我国在短短30年之内便形成了具有我国特色的法律体系，该特征也决定了我国在后法律体系时代法律体系的拓展方向，即继续以开放的姿态在未来10年、30年乃至更长的时间内形成更加民主科学完善的中国特色社会主义法律体系，到2050年完成社会主义法治国家的战略目标。要实现这个目标，我认为我国在立法领域应当继续坚持开放性的特征，并且努力实现在以下几个方面的突破性转变的基础上关注一些社会经济法治发展的重要问题。

（一）由数量型立法向质量型立法转变

中国官方提供的数据显示，截止到2011年3月，包括现行宪法在内的，由全国人大及其常委会制定的现行有效的法律239件，国务院制定行政法规690多件，地方人大及其常委会制定地方性法规8600多件。民族自治地方人大共制定了现行有效的自治条例和单行条例600余件；五个经济特区共制定了现行有效的法规200余件。基本上实现了有法可依的目标。这些成绩是我们继续开展下一步工作的基础，但是，我们也应当看到，在这庞大的法律体系内部，仍然存在着不协调，甚至相互矛盾、重复的问题，需要我们认真地加以梳理。例如，颁布于1995年6月30日的《担保法》与颁布于2007年3月16日的《物权法》，两法颁布的时间不一样，但是都为施行法，而《物权法》中的《担保物权》一章又与《担保法》的内容是同一个内容。在适用中便会产生如何区分它们，如果二者的规定发生矛盾如何适用等问题。这里略举几例。

例一，关于担保物权与保证，《物权法》第176条规定，被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有

约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。《担保法》第28条规定，同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。《担保法司法解释》第38条则规定，同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

由上述比较可见，《担保法》刻板地遵循了物权优先的原则，却限制了债权人的选择权，将债权人置于不利地位。《担保法司法解释》试图弥补这一错误，然而这一规定并未能在实践中得到法院良好的执行。《物权法》将当事人的约定置于最优先的地位，尊重当事人自治的权利，并再次赋予债权人选择的权利。

例二，抵押财产的范围，《物权法》第180条规定，债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（一）建筑物和其他土地附着物；（二）建设用地使用权；（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；（四）生产设备、原材料、半成品、产品；（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（六）交通运输工具；（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。《担保法》第34条规定，下列财产可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；（二）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；（三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；（四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；（五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；（六）依法可以抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

比较二者最显著的变化是：《物权法》所允许抵押的财产包括所有法律、行政法规未禁止抵押的财产，而《担保法》所允许抵押的财产是依法可以抵押的财产。

例三，关于留置权的范围，《物权法》第230条规定，债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。第231条规定，债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。《担保法》第84条规定，因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权。法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。当事人可以在合同中约定不得留置的物。

在这里，《物权法》扩展了留置权的范围，将其扩展至一切债权人合法占有债务人动产的场合（企业之间），仅在涉及自然人时限定动产与债权应属于同一法律关系。而在《担保法》下，仅保管、运输、加工承揽三种情况，这与纷繁复杂的经济活动显然并不相称，不利于对债权人的保护。

可见，二法在对于一些具体问题的规定存在着不一致的地方，为了保证法治的统一，可以考虑根据《物权法》修改《担保法》，或者取消《担保法》，直接援用《物权法》的规定。

（二）由创制法律向统筹法律与清理、编纂、修改法律转变

从我国30年立法的历程来看，前20年可以说以创制法律为主，后10年则开始注意到对于法律的修改和清理工作。据统计，从2003年到2008年由全国人大及其常委会修改的现行法律就有37件，而2002年以前修改的法律一共只有34件。[注]这也是一个国家在经历了创制法律阶段之后必经的过程，特别是在一个国家法律体系基本构建起来之后。这是使法律

体系更加制度化、规范化、常态化，使法律体系更加具有科学性、稳定性、权威性和生命力的必要选择。在民法领域，对于立法机关来讲，在完成了民法总则和人格权法的制定工作以后，我国民法典的制定工作将告一个段落，但是，根据立法机关的部署，在九个单独的民事立法完全告罄之后，将开展民法典的编纂工作，即按照统一的体例把它们加以编纂，增强其内在的逻辑性、统一性，使之成为一部统一的名副其实的民法典。再比如《继承法》的修改问题。《继承法》制定于1985年，距今已有26年，其间始终没有修改过，对于现行《继承法》是否需要修改的问题，在立法机构和学者之间是存在不同看法的。在全国人大法工委下发讨论的民法典草案讨论稿中，继承法部分是将现行的《继承法》全文照搬进民法典。有些人士认为，我国现行《继承法》运行良好，尚不需要进行修改。对此观点学者们是有不同看法的。他们认为，改革开放三十年来，中国的社会情况发生了巨大的变化。这些变化在继承方面主要体现在：公民个人拥有财产的数量大大增加，特别是对于那些私营企业主来说，主要财产不再是生活资料，而是生产资料，这就使继承关系变得复杂化。而现行《继承法》是在改革开放初期制定的，已经不能适应变化了的社会情况，其中最主要的问题是不能有效地保护被继承人的债权人的利益。此外，继承人的内部关系也出现了一些新情况。虽然被继承人的债权人与继承人的纠纷现在还不是很突出，但是已经出现，而且肯定会不断增加。不能因为现在这个问题尚不突出，就不重视对这个问题的规范。他们主张立法要有超前性。所谓“现行继承法运行良好”，主要是指在司法实践中尚未出现大的现行《继承法》无法解决的问题。但这不是因为现行《继承法》没有问题，而是中国百姓的继承问题极少诉讼到法院，他们宁愿按照传统习惯来解决继承问题。而他们所遵从的习惯与我们的制定法有较大的差异。例如，在法定继承顺序问题上，死者有晚辈直系血亲时父母不参与继承，这是民间普遍遵守的习惯，而这种习惯与世界上大多数国家继承法的规定相一致。而中国的《继承法》则规定父母与子女、配偶同为第一顺序继承人。再如现行《继承法》没有关于确认遗嘱效力和当事人接受或者放弃继承或受遗赠的程序规定，致

使有关纠纷无法解决；子女与父母之间订立瞻养和继承合同以解决老人的赡养问题，但是，这种合同的效力如何，发生纠纷后如何解决，现行《继承法》都没有提供具体的甚至是原则性的意见等等。《继承法》是与每个人息息相关的法律，《继承法》应当反映全体社会成员的需要，解决他们的问题。因此，应当借着完成中国民法典的机遇，对《继承法》进行修改，以使之更加顺应社会发展的需要。特别是随着《物权法》的颁布，用新的物权理念和制度构建我们新的继承制度，乃成为摆在我们面前的一项历史性任务。具体来讲，修改《继承法》至少应当考虑以下几个主要问题：（1）是否需要扩大遗产的范围；（2）继承权的丧失制度；（3）接受继承和放弃继承制度；（4）遗产管理人制度；（5）法定继承人的范围和顺序；（6）代位继承的原因问题；（7）特留份制度；（8）遗赠的接受和放弃；（9）继承合同；（10）遗产债务的清偿；（11）无人继承遗产的处理；等等。此外，民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法、城市居民委员会组织法、全国人组织法、广告法、预算法等大量法律需要修改，一些计划经济时期颁布的带有浓厚计划经济色彩和成分的法律的生命周期已近，因此，完善旧法与制定新法的任务同样艰巨。通过法律清理以及修改、解释、补充、废止法律的工作，去消除法律体系中的空白、矛盾、冲突、过时等问题或弊端，是立法机关今后相当长的一个时期内的重要工作。

（三）由“摸着石头过河”向科学规划、协调发展模式转变

我国的立法工作从80年代初就一直遵循着这样一个不成文的原则，即“成熟一部制定一部，成熟一条制定一条”的立法模式，这样做的背景是因为当时我国的改革开放尚处于起步阶段，许多问题还没有显露出来，对于许多问题我们既没有经验，也没有可以直接借鉴的现成案例，我们对于许多社会现象和问题的理解和认识很多还处于模糊，甚至无知

状态。比如，那时对于“物权”、“知识产权”、“证券”、“股票”等概念尚不清楚，甚至在法学界还发生过经济法与民法之争，一些学者甚至提出要取消民法，以经济法代替民法。在这种情形下，如果要在一夜之间完成其他国家需要几十年甚至上百年走完的法治之路，那是不现实和不可能的。因此，提出“着石头过河”理念也是必然的和可以理解的。但是，现在我们的改革开放已经过去了30年，我们的实际情况已经与当时的情况有了翻天覆地的变化，无论我们的学术理论研究还是司法实践经验和立法经验、技术，都已经达到了一定的高度，有的已经跻身世界之林，在这样的背景下，如果还在强调“摸着石头过河”，就是一种不负责任的表现，那将会直接影响我们的民主法治的进程和社会经济的进步。因此，科学规划、统筹安排、协调发展应当成为我们立法工作的主要模式。我们要有时代感，勇于迎难而上，去直面我们面临的所有问题，要使立法成为合理分配社会利益、调整社会关系、处理和解决社会矛盾的杠杆和有力武器。今后立法要更加注重立法规划，要把国家整体的经济社会发展规划与立法规划结合起来，要努力把国家行之有效、成熟可行的政策，及时地上升为法律，实现立法与经济社会、立法与体制改革、立法与提高人民福祉的全面协调的发展。要把法律的立改废工作制度化、法制化，可以搞立法折子工程，把每年法律的立改废工作具体化，消除部门立法的弊端，提高立法质量，完善立法程序，优化立法结构，高度重视立法规划的民主性、严肃性，以立法的方式赋予立法规划一定的法律效力，确保立法任务的完成。而且每一年的立法要有重点和侧重性，比如，可以明确在某一年内集中精力主要完成哪个领域或者方面的立法，或者在几年内主要完成哪个方向的立法，这样既可以在一定的时段内集中相关资源就某一个或相关课题展开攻坚作战，避免因精力分散而浪费研究、立法资源，又可以引起社会关注，及时地为解决社会问题服务。2007年下半年集中颁布的《就业促进法》等三部涉及劳动关系的法律就在社会上引起过不小的反响。

此外，还可以施行立法规划的论证、评议和审批程序，可以每一年进行一次明年立法规划的论证，也可以定期组织对于立法规划执行情况

的评议、验收，为科学规划、民主规划提供良好的制度保障。

总之，我认为，切实把立法规划工作纳入法制化、科学化的轨道，才是立法科学化、民主化的良途。

（四）由粗犷型立法向精细型立法转变

我国立法工作自80年代以来曾提出“宜粗不宜细”原则，这也与我国当时所处的历史阶段和法律环境密切相关，在此原则指导下，在我国80年代到90年代中期以前的立法中，有很多都存在简约、粗糙、适用性较差等问题，立法中原则性、模糊性的规范比比皆是。有的法律出台后，法院在审理相关案件时，因为法律规定过于笼统或者缺乏实质性规定，无法直接作为审判的依据，还要大力呼吁及早制定司法解释，甚至出现过在司法解释未出台之前，法院无法依照现有法律规定审判的情况。这些法律也需要清理、充实、完善。在这个过程中，对立法的精细化要求则更为突出，法律中对一些制度的设定，既要符合我国的国情，更要适用于司法实践的需要，不能让实践部门无法直接援用法条而要等司法解释出台，这样会直接损害法律的权威性，不利于法治的统一。

（五）由立法的片面性向把各种社会关系合理纳入到法律范畴内转变

法律是调整社会关系和社会利益的调整器和分配器，法律体系则是调整社会关系和分配社会利益的总调整器和总分配器，是国家法律的集大成者和一国现行法律规范的总和，而且还应当是以现行法律为基础，同时要求充当考察包括正在制定或需要制定的法律规范在内的有机的统一整体。既然它是调整社会关系和分配社会利益的总调整器和总分配器，就应当把国家的政治关系、经济关系、文化关系、社会关系、军事

关系等各个方面，合理纳入到法律调整的范围内，使得国家政治、经济、社会、文化生活都有法可依。目前，我国还有许多社会关系没有纳入到法律调整的范围之内，一些重要的法律还没有制定，甚至还有一些立法空白。如：调整新闻出版领域的新闻出版法，调整社团关系的社团法，调整国家机构编制关系的机构编制法，调整商事关系的商法通则，调整不动产登记关系的不动产登记法，调整资产评估关系的资产评估法，调整社会救助关系的社会救助法，调整居民基本住房关系的住房保障法，调整社会医疗保障关系的基本医疗保障法，保障农民权益的农民权益保障法，此外，国防法、能源法、法律援助法、个人信息保护法，以及已经列到立法规划中的行政程序法、行政强制法，等。

从我国30年立法的情况来看，自1980年以来，我国立法一直以国家利益为立法的本位，强调对国家利益的保护成为立法的主要任务和侧重面，而对于国家与公民、权力与权利、权力与责任、人与自然、人与社会等各种重要关系，则涉及得很不够，尽管近几年来对于社会和公民权益的保障立法较之以往有了很大突破，连续颁布了诸如劳动合同法、就业促进法、社会保险法等一系列有关社会和公民权益保护方面的法律，但与我国目前社会发展的现状和社会发展对于立法的需要程度还非常不相适应。我们要树立立法要为时代服务，为社会发展服务，而不是为少数人或者某些利益集团服务的理念。在立法中一定要努力协调好各方面关系，不可再发生法案刚公布就招致一片不满或者骂声的情况。要避免这种现象的发生，就应当从过去立法的片面性向把各种社会关系合理纳入到法律范畴内的理念的转变，要充分听取和研究社会问题，要找准发生问题和矛盾发生的症结所在，比如，近几年连续发生的大头娃娃事件、三聚氰胺事件、瘦肉精事件等等，这些事件的发生都不是偶然的，美国在20世纪初类似的事件也是层出不穷，这是一个社会转型期间的必然反映，但是，发生这些事件的起因或者根源可能很多，但是有一个因素是不可忽视的，那就是我国社会和商界现在缺乏基本的商业精神和道德规范，商人在行商的过程中不知道自己有什么样的权利、义务和责任，更不知道自己能够做什么，不能够做什么。他们经常问一个问题：

有没有法律是保护我们的，是为我们制定的，告诉我们应当做什么，不应当做什么。其实，在我国古代，商人一直是恪守着一些他们自己的习惯和规则的，晋商就是一个最典型的代表，他们善待伙计、恪守信用、童叟无欺、相互帮衬等这些优良的品质和道德，是我们应当继承和发扬的。从立法上讲，我们是否应当将商事活动中一些基本的原则、规则、制度加以法制化，是否应当将目前商事单行法中没有或者不适合规定的诸如商事的基本原则，共同规则，商人权益的范畴、保护范围、方式，商人的基本权利、义务、责任，商事人格权、商业秘密的保护、商事登记制度、商事责任等内容以法律的形式规范下来，为繁荣我国的商业和经济提供直接的法律保护，这也是一个国家经济发展到一定阶段之后必须做的工作。有贸易即有规则，有商业就更要有法律的保障和制约，否则，就无法在一个社会里树立起良好健康的商业精神和道德，社会的发展也无法步入良性发展的轨道。这是一个关乎民族振兴，国家发展的大事情，应当引起我们认真地思考。

（六）关注社会、民生、经济、科技和商事立法，为未来社会经济发展打下良好的法治基础

将来中国发展的主题是加快推进以保障和改善民生为重点的社会建设。社会建设主要包括教育事业、科技事业、文化事业、医疗卫生、体育事业、劳动就业、社会保障、社区建设、旅游事业、人口与计划生育等方面。其基本特征是公众性、公用性、公益性和非营利性。当前中国社会建设最重要的领域，主要是三个方面，即：基本民生建设、社会安全建设和现代社会管理模式建设，三者共同构成一个相对完整的系统。基本民生就是直接关系到广大人民群众生存发展的根本大计的主要民生领域。就人民群众生存和发展的内在逻辑来说，基本民生应当包括劳动就业、收入分配、住房与社会保障、教育和医疗卫生这样几个相互关联、相互支撑的重要领域。良好的社会秩序和有保障的社会安全是经济

社会发展的基本社会条件。中国现阶段处于经济快速发展时期，也是社会矛盾冲突多发时期，各种可能引发社会安全问题和影响社会秩序的社会风险不断地累积起来。当前影响中国社会安全稳定的社会问题，大体可以分为三类：刑事犯罪、人为性质的生产生活安全灾难和各种深嵌在转型期社会结构之中的利益矛盾和冲突。

社会建设自然需要法治的保障，而法治保障的首要条件便是立法的完善。就我国目前的法律体系中，社会法的立法尚处于起步阶段，一些重要的法律，如社会救助法、基本医疗保障法、住宅保障法、法律援助法、旅游法等付之阙如。2011年4月12日，国家旅游局召开“中国旅游日”新闻发布会，宣布国务院已正式批复确定从今年起每年5月19日为“中国旅游日”。旅游产业将成为中国一个新兴且十分重要的领域，尽快弥补这方面的国家层面的立法，依法管理旅游业，是国家立法机关一项刻不容缓的任务。

此外，我国正处于新兴产业蓬勃兴起，大批新兴产业将逐步取代传统产业的关键时期。具体包括：（1）产品技术的升级换代，如从内燃机车到电力机车；（2）产业链上向技术含量高、附加值高的领域延伸，如由一般加工制造向上游的研发、产品设计、技术专利、技术集成、投融资延伸，向下游的品牌创建、商业模式创新、流通体系、系统服务、物流、产业链管理延伸。因此，如何促进自主创新产业的发展，乃我国目前一项重要的任务。而法治的保证则是一个十分关键的问题。笔者建议，可以考虑制定一部《新兴产业振兴法》，以法律的形式从新兴产业的界定、资金保障、人才保障、国家责任、振兴奖励等多个方面为新兴产业的振兴提供制度上的保障。

商事立法虽然早于20世纪90年代就已经为国家立法机关所重视，到目前为止，已经颁布了诸如《公司法》、《证券法》、《票据法》、《企业破产法》、《商业银行法》等一系列的重要的商事单行法，但是，至今缺少一部调整整个商事领域的基本法——商法通则，由于缺乏这部商事基本法，我国的商法体系至今没有真正地建立起来。改革开放

已经过去了30年，可是，商事主体的界定、范畴及其权利、义务、责任，商事行为的范畴、基本原则与规则，均没有一个统一的规范，致使商业领域屡屡出现令人发指的侵害消费者权益的严重事件，而且，严重混淆了普通的商事行为与国家或者行业垄断行为的区别，助长了国家或者行业垄断行为，相应地损害了普通商事行为正常的经营活动。市场经济的主要特征包括：经济主体独立自主的分散决策、契约自由和消费者主权，生产要素流动和生产规模、结构由市场需求决定，价格、竞争和供求机制调节经济的运行，按生产要素贡献和市场效率进行分配。市场经济是开放型经济，既对内开放，又对外开放，而一个好的市场经济，至少应该包括三部分内容：一是从经济学的角度说，市场经济的规则和体系是相对完善的；二是从法治的角度讲，是法治的是基本健全的；三是从社会的角度看，是市场经济条件下的利益均衡机制的建立。只有达到了这三个要求，就是好的市场经济，否则就是坏的市场经济。[注]其中市场经济对于法治的基本要求就是“经济人”和政府的行为都必须置于法治的框架之下，都受到法律的约束。法律通过政府保护产权，实施合同，维护市场秩序，但同时法律也约束政府，要使企业真正获得法律的有效保护，但当企业做出违反法律的行为时，同样也要受到法律的制裁，承担相应的商事乃至刑事责任，这是市场经济的基本要求。在这个市场经济法律体系当中，市场主体法、市场交易法、市场秩序法和市场争议处理法乃四个基本的法律部门，其中前两个法律部门主要是商法的范畴，如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、外商投资企业法、企业破产法、证券法、商事合同法、担保法、票据法等等。而这些商法的共同原则、规则、制度以及对商事主体、行为、责任的规定，则主要包含在商事基本法——商法通（总）则之中，既然商法典不适合我国的国情和法律体系的要求，起着商法总则和商事基本法作用的商法通则，则应当成为未来国家立法机关的一项重大立法任务。这是历史发展的需要，也是我国经济发展到今天的必然选择。

（七）注重法律的良善问题

立法是国家意志和人民意志的共同反映，是分配公平正义的最重要的一环，如果立法不公，甚至出现立法反动、腐败、部门保护主义等现象，则其结果将与社会发展的大趋势和人民的期望，越走越远。我国是社会主义国家，法律只有反映社会发展规律，符合民心，顺应世界发展潮流，才能成为人民所期望的调整社会的公器和良法。否则，法律背离人民的意愿，背离社会发展的趋势，即使立法技术再完备，法律语言再优美，宣传、吹嘘得再动人，也只能属于恶法，应当坚决取缔和废除。因而，我们的立法必须反映大多数人民的意愿，为大多数人民谋福利，为社会朝着更加有利于维护公民权益，促进公民创业，实现公民老有所依、少有所教、中有所成的理想社会的早日到来发挥出应有的功能和作用。那种只为了完成任务，或者立法GDP指标的做法是错误和危险的，应当坚决制止和避免。立法为民，立法为国，立法为后代的思想应当成为立法机关的座右铭。

（八）注重我国签订和加入的国际条约、公约与国内立法的衔接，把它们纳入到我国的法律体系范畴中来

当今世界正处于一种加速全球化的进程之中，国际法尤其是国际经贸立法的数量和作用不断凸显。据统计，截至1995年底，世界各国共签订了900多个促进和保护投资的协定，其中近60%是在90年代缔结的，仅1994－1995年，就签订了299个，超过60年代和70年代签订的此类协定的总和。这些国际立法及其实践，造就了当今的国际生活秩序，也深刻影响了各国的国内立法。从中国的情况看，随着对外开放进程的不断加深，中国社会已经越来越融入世界这个“大家庭”，签署和加入包括一些重要人权公约在内的许多国家公约，加入世界贸易组织并对遵守其规则作出具体承诺，等等，使得国际法在国家的法律生活中一下子变得重要起来。统计显示，截至1999年初，中国已同外国缔结了大约14040多个条约，其中，双边条约有13820多个，多边条约有220多个；自1978年

至1998年间，仅经全国人大常委会决定批准或者加入的就有121个（双边68个，多边53个），经国务院批准或者决定加入、接受的，有35个（双边31个，多边4个）。其中自1990年至2004年5月，我国加入或接受的与国际私法有关的国际条约就有68个。(注)所有这些条约，都对中国国内立法产生了重大影响。与这样一种重大变化相适应，如何看待传统的国家主权概念，如何协调国内法和国际法的关系应对国际法进入本国法域的问题，并对复杂多样的国际法渊源或形态实现系统整合，就成为我们在法律体系构建中不能不思考和回答的问题。在全球化和中国“和平崛起”的大趋势和大背景下，如果还是基于传统的主权国家概念，把法律体系说成是“一个国家的”，而不是“适用于一个国家的”，那么，就等于是把法律和法律体系捆绑于僵硬的“国家主权”概念之上，等于是坚持一种国内法“自给自足”的立场。这种立场，无法在法律体系的建构上体现中国不断深入参与的全球化发展进程和要求，从而可能造成法律体系在整体上对外部世界的封闭或排斥的格局。因此，作为国家的立法机关，在立法过程中，特别是在涉及国际关系法案的立法中，要特别关注我国已经加入或接受的国际条约和公约。比如，鉴于国际人权法上民主、法治和人权的关系，有学者建议，根据我国已经加入的有关人权保障的一些国际公约以及许多国家的宪法把人权放在十分突出的地位，在将来修改宪法时，可将第33条的部分内容提到总纲部分的最后一条即第32条之中，放在总纲部分，共4款：

国家尊重和保障人权。

任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时也必须履行宪法和法律规定的义务。

中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益，在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。

中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，可以给予受庇护的权利。(注)

从我们目前宣布的法律体系的内容来看，并没有将我国签订和加入的国际条约、公约纳入到法律体系之中来，这是一个巨大的漏洞，建议国家最高权力机关认真思考这个问题，把它们纳入到我国的法律体系中来，使之成为我国法律体系中的一个重要的组成部分。

（九）关注国际立法的动态，积极融入国际法律社会之中

我国已经步入国际社会，并且无论在政治、经济、文化等各个领域越来越成为国际社会中极其重要的一员，在经济全球化的前提下，法律全球化问题也已经提到了日程上，特别是在国际经济法、国际商法和人权领域，我国的立法也应当积极应对这个现实的需要。目前，我国的一些立法与其他国家的立法也存在相互交融的现象。比如，我国正在研究制定的人格权法，而自20世纪70年代以来在《法国民法典》中对人格权就有了明确的规定。法国1970年7月17日的法律为《法国民法典》增加了第9条，该条第1款简短地规定了“人人都享有私人生活得到保护的权利”。1993年1月4日的法律为《法国民法典》增加了第9-1条，该条授予了所有人一项“应得到无罪推定的权利”。1994年7月29日的法律确认了对人类的尊重以及对人类身体的保护。其第16条规定：“法律保障人的优先性，禁止对人的尊严的任何形式的侵犯并保障人从获得生命开始一直得到尊重的权利”。第16-1条又补充道：“任何人都有使其身体得到保护的权利”。2004年8月6日的法律（在其第16—4条中）规定：“任何人都不得侵犯人类的完整性。任何试图组织对人进行优选的优生学行为都是被禁止的。禁止任何以从遗传学角度看和在世或已经死亡的另一个人为同一人的孩子的出生为目的而进行的科学介入行为。不得为了改变人的后代而对基因的主要特征进行任何改变，但是这种禁止并不能影响以预防和治疗基因疾病为目的的研究的进行。”2008年12月19日的法律在其第16-1-1条中明确规定：“对人类身体的尊重并不会因为人的死亡而终

止。死亡的人的遗留物，包括其遗体被火化之后留下的骨灰，都应该得到尊重的、体面的和庄重的对待。”注此外，我们也应密切关注欧洲民法典的制定进程，要认真研究欧洲民法典在制定过程中所遇到的问题和进展，以为我国民法典的编纂所借鉴。

再如，与人权和劳动权密切相关的集体合同制度，自19世纪50年代以来，就成为调整劳资关系的一种特殊制度。集体协商即集体谈判的行为最早出现在十八世纪末。1791年美国的费城和纽约等城市的印刷业工人、制鞋业工人和木制业的工人都成立了行业组织，大家以这样的组织形式团结起来反抗雇主方面的剥削。据史料记载，最早的集体谈判是在1799年，美国费城的制鞋业工人为维护其合理的经济利益而与雇主就劳动标准问题进行过集体谈判，后来费城和纽约等城市的印刷业等行业的工人也开始了这种谈判，集体谈判若是不能达成协议就开始进行大规模的罢工斗争以示对雇主方面的抗议和威胁。雇主也想尽办法对工人和工人组织进行指控，但是这样的指控往往也难以平息此起彼伏的罢工浪潮。在这种斗争与妥协中，开始出现通过更认真的集体谈判解决问题的方案。虽然当时谈判的内容还比较简单，但是，这种行为却开启了集体谈判的先河。19世纪初英国工会合法化，1850年英国的纺织业、矿山业、冶铁业的工会便代表劳工与雇主进行集体谈判就有关劳动标准问题达成协议，到1870年，涉及工资等劳动标准的协议越来越多。1910年英国商务院第一次发表集体合同调查报告。在1696件集体合同中关于工资标准的集体合同就有563件，一般雇用条件的集体合同有1103件，其它的有30件。集体合同法制化出现在20世纪初。1904年新西兰颁布了最早的集体合同法律，制定了各种有关集体合同的法律。1907年奥地利和荷兰也相继制定了有关集体合同的法律制度。1911年瑞士颁布的《债务法》也有两条是关于集体合同内容的。这个时期的集体合同多被视为民事法律关系，其内容也相对比较简单，但是这却是人类历史上最早的集体合同立法，开启了调整劳资关系的法律制度。德国在1918年底颁布了《集体合同、劳工及使用人委员会和劳动争议仲裁法》。这个法律文件对集体合同制度做了比较详细的规定，此后，1921年4月又颁布了《集

体合同法》，把该法纳入了德国统一劳动法之中。1919年法国制定了《集体合同特别法》，也纳入了劳动法典当中。芬兰在1924年也制定了《集体合同法》，瑞士在1928年也颁发了集体合同法。美国1935年颁发的《国家劳资关系法》中也对集体合同的内容做了专门的规定。1946年到1950年的四年间，法国颁布了多项涉及集体合同的法律。第二次世界大战以后，受到发达国家的影响，集体合同制度在不发达的国家也有一定的发展。1958年非洲的加纳制定了国家《劳资关系法》，1967年卢旺达制定了《劳工法》，1971年赞比亚制定了《劳资关系法》；阿拉伯世界国家如伊拉克在1970年制定了《共和国劳工法》，同年利比亚制定了《利比亚劳工法》，同年阿拉伯也门共和国制定了自己的《劳工法》等等，所有这些国家的劳工法或劳资关系法，其中都有关于集体合同的专门性规定。苏俄十月革命以后，学习和借鉴资本主义国家调整劳资关系的集体合同制度的经验，实行了按产业不同签订集体合同的做法，逐步在企业内部也开始实行集体合同制度。东欧国家照搬苏联的经验建国后也开始在企业内部实行集体合同制定，用集体合同制定来调整劳动关系。(注)

这种产生于18世纪末，形成于19世纪中叶，完善成熟并法制化于20世纪中叶的调整劳资关系的集体合同制度，至今已成为世界各国调整用人单位和员工之间关系的最主要和最有效的手段，被各国普遍采用。这对于我国的劳动和集体合同制度的立法，同样会产生积极的影响和借鉴作用。

中国特色的法律体系已经形成，但是，这并不意味着我们的工作就此完结，相反，我们还有许多工作等待我们去做，特别是如何解决好后法律体系时代我国法律体系的发展方向和目标，仍然是我们一项十分艰巨的历史重任。

（原载于《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期）

1. 参见李林主编：《中国法治建设60年》，中国社会科学出版社2010年10月第1版，第114—116页。18
2. 参见王轶：《论中国民事立法中的“中国元素”》，载《法学杂志》2011年第4期。
3. 参见王广辉：《论中国特色社会主义法律体系中的宪法及其相关法——以基本权利的立法完善为视角》，载《河南社会科学》2010年05期。
4. 参见李林主编：《依法治国与法律体系形成》，中国法制出版社2010年10月第一版，第31—33页。
5. 参见李林主编：《中国法治建设60年》，中国社会科学出版社2010年10月第1版，第118—119页。
6. 李林主编：《依法治国与法律体系形成》，中国法制出版社2010年10月第一版，第35—37页。
7. 参见张银杰：《市场经济理论与市场经济体制改革新论》，上海财经大学出版社2006年8月第1版，第34—38页、第41—42页内容。
8. 李双元国际私法网，访问日期：2011年4月13日。
9. 李林主编：《依法治国与法律体系形成》，中国法制出版社2010年10月第一版，第435—436页。
10. 【法】让·米歇尔·布律格耶尔：《人格权与民法典——人格权的概念和范围》，载《法学杂志》2011年第1期。
11. 参见http://wenwen.soso.com/z/q6907528.htm。访问日期：2011年4月14日。

中国传统文化与中国现代法律文化体系的构建

一、中国传统文化概述

（一）中国传统文化的内涵及外延

“文化”（culture）这个概念，涵义颇广。1952年，美国人类学家克罗伯和克拉克总结各家意见，发现仅在人类学家中，对“文化”一词的不同理解，就竟然高达164种。不过，一般认为，**文化是与自然相对而言的范畴，指的是人类在后天社会生活中创造并保存下来的所有内容的综合。**文化存在于社会之中，就其内容外延来看，具有创造性、保存传递性等特性。

“传统文化”就是人类物质文化和精神文化的积淀，是文化中保存和传递下来的那部分，是由历史凝聚而延传下来的相对稳定的社会文化因素的动态总和。传统文化具有十分多样的内容与及其宽广的外延，社会中的阶级、民族或群体的那些惯常的制度、思想、礼仪风俗、心态、工艺传统、行为习惯等都是其要素与体现。

所谓内涵是指一个概念所概括的思维对象本质特有的属性的总和。例如“国家”这一概念的内涵包括：他是阶级社会中所特有的政治实体，是阶级矛盾不可调和的产物，是统治阶级统治、压迫被统治阶级的工

具，是由军队、警察、监狱、法庭、立法机构和行政机构组成的暴力统治机器，等等。外延是指一个概念所概括的思维对象的数量或范围。例如，“国家”的外延就是指古今中外的一切国家。

1.中国传统文化的内涵

根据一些学者研究的结果，中国传统文化的基本内涵可大致概括为三个方面：（1）中国传统文化的基本思想——刚健有为、和与中、崇德利用、天人协调。《易传》所强调的“自强不息”、“厚德载物”，是中华民族民族精神的集中体现；崇尚和谐统一是中国传统文化的最高价值原则；“中庸”，既是思想方法、原则，是修养境界。（2）注重人的内在修养，轻视对外在客观规律的探究，是中国传统文化的一个重要价值指向。（3）重家族、重血缘的家庭伦理本位的价值观。总之，中国传统文化有着丰富的内涵，且精华与糟粕并存，要使传统文化的精华在现代社会中发挥积极作用，不仅要批判地继承，要进行创造性的转换。

2.中国传统文化的外延

首先讲将国学与中国传统文化的关系。国学是指以儒学为主体的中华传统文化与学术。国学是中国传统文化与学术，也包括了医学、戏剧、书画、星相、数术等等。国学以学科分，应分为哲学、史学、宗教学、文学、礼俗学、考据学、伦理学、版本学等，其中以儒家哲学为主流；以思想分，应分为先秦诸子、儒道释三家等，国学以《四库全书》分，应分为经、史、子、集四部，以国学大师章太炎《国学讲演录》所分，则分为小学、经学、史学、诸子和文学。

所谓传统文化，就是文明演化而汇集成的一种反映民族特质和风貌的民族文化，是民族历史上各种思想文化、观念形态的总体表征。中国的传统文化中国传统文化以儒家为内核，还有道教、佛教等文化形态。

可见，传统文化应当包容在国学之中。而传统文化则应当是国学的

基础和母体，也就是说，没有文化传统就没有国学，国学也就失去了存在的载体，国学当中所包含的学术部分，应当是对传统文化的阐释、分类及研究。所以，这里我们不是研究国学，而重点是为了从中国的文化传统中寻找出来与法治相关的内容及精髓。因此，所谓中国传统文化的外延，可以概括为：**在数千年的中华文明的演化过程中逐步形成，并汇集而成的一种反映民族特质和风貌的民族文化，是中华民族历史上各种思想文化、观念形态的总体表征。**中国的传统文化中国传统文化以儒家为内核，还包含了道教、佛教等文化形态。而中国传统文化的具体范围可以包括：中华医学、戏剧、书画、星相、数术等等。如果分科，可以分为：中国哲学、史学、宗教学、文学、法学、礼俗学、考据学、伦理学、版本学等等，其中以儒家哲学为主流；以思想分，应分为先秦诸子、儒道释三家等。如从国学的角度，以《四库全书》来分，则可分为：经、史、子、集四部；以国学大师章太炎《国学讲演录》所分，则分为小学、经学、史学、诸子和文学。

请注意：我这里已经把法学列入到中国传统文化之中去了，而且中华法律体系和法学还应当成为我们研究中国传统文化的一个十分重要的内容，不容忽视，否则，我们的研究就是不完全的、不彻底的、片面的。

（二）中国传统文化的主要精髓

中国传统文化是中华民族在长期的社会生活实践中积淀起来的精神遗产，也是中华民族特有的思维方式的精神体现。小农经济的生产方式，高度集权的专制政治制度，还有作为社会生活基础形态的宗法关系、血缘关系，为中国传统文化的产生和发展提供了深厚的社会政治经济基础，使之形成了把世间伦常、现实政治作为思想和行为的主要目标的主导性价值取向，成为以政治伦理文化为主体、以等级制度亦即礼制为框架的封建专制文化。

中国传统文化又是一个具有内在矛盾的复杂体系，其中既有积极的内容，也有消极的因素；既有精华，也有糟粕，要正确认识传统文化，必须对之进行全面考察、理性分析。

中国传统文化的基本精神，从实质上看，就是中华民族的民族精神。关于中国传统文化的基本精神，论者有诸多看法。

有的学者（张岱年）认为，中国传统文化长期发展的思想基础，可以叫做中国传统文化的基本精神，文化的基本精神是文化发展过程中的精微的内在动力，即是指导民族文化不断前进的基本思想。中国传统文化的基本精神就是中华民族在精神形态上的基本特点。因此，（1）钢健有为；（2）和与中；（3）崇德利用；（4）天人协调。这些就是中国传统文化的基本精神之所在。中国的民族精神基本凝结于《周易大传》的两句名言之中，这就是："天行健，君子以自强不息"。"地势坤，君子以厚德载物"。"自强不息"、"厚德载物"是中国传统文化的基本精神。[注]他反对把"中庸"观念看做中国传统文化的基本精神。他认为，此说虽然在过去广泛流传，但是实际上不能起到推动文化发展的作用。所以，"不能把中庸看做中国传统文化的基本精神"。[注]同时，他还认为，中国传统文化的基本精神还表现为以德育代替宗教的优良传统。[注]

也有的学者（许思园）认为，"中国传统文化之根本精神为融和与自由"。[注]

还有的学者（杨宪邦）认为，以自给自足的自然经济为基础的、以家族为本位的、以血缘关系为纽带的宗法等级伦理纲常，是贯穿于中国古代的社会生产活动和生产力、社会生产关系、社会制度、社会心理和社会意识形式这五个层面的主要线索、本质和核心，"这就是中国古代传统文化的基本精神。"[注]

有的学者（刘纲纪）认为，中国的民族精神大致上可以概括为四个相互联系的方面：（1）理性精神。集中表现为：具有悠久的无神论传

统，充分肯定人与自然的统一和个体与社会的统一，主张个体的感情、欲望的满足与社会的理性要求相一致。总的来看，否定对超自然的上帝、救世主的宗教崇拜和彼岸世界的存在，强烈主张人与自然、个体与社会的和谐统一，反对两者的分裂对抗，这就是中国民族的理性精神的根本。（2）自由精神。这首先表现为人民反抗剥削阶级统治的精神。同时，在反对外来民族压迫的斗争中，统治阶级中某些阶层、集团和人物，也积极参加这种斗争。说明在中国统治阶级思想文化传统中，同样有着"酷爱自由"的积极方面。（3）求实精神。先秦儒家主张“知之为知之，不知为不知”，知人论世，反对生而知之；法家反对“前识”，注重“参验”，强调实行，推崇事功；道家主张“知人”、“自知”、“析万物之理”。这些都是求实精神的表。（4）应变精神。㊟

有的学者（司马云杰）认为，中国传统文化的基本精神可以概括为“尊祖宗、重人伦、崇道德、尚礼仪”。㊟此外，中国传统文化还具有发展的观点、自强不息和好学不倦的精神。㊟

有的学者（庞朴）认为，中国传统文化的精神是人文主义。这种人文主义表现为：不把人从人际关系中孤立出来，也不把人同自然对立起来；不追求纯自然的知识体系；在价值论上是反功利主义的；致意于做人。中国传统文化的人文精神，给我们民族和国家增添了光辉，也设置了障碍；它向世界传播了智慧之光，也造成了中外沟通的种种隔膜；它是一笔巨大的精神财富，也是一个不小的文化包袱。㊟

以上各位学者都是我们的老师，他们都提出了自己的观点。我不是国学学者，只能站在他们的肩膀上，谈一点我个人的观点。我认为，中国传统文化至少具有以下五个方面的内容，或者叫精髓：

1.刚健有为、自强不息的进取精神

张岱年先生把中国传统文化的基本思想概括为刚健有为、和与中、崇德利用、天人协调四个方面。他认为，《易传》中提出的“天行健，

君子以自强不息”及“地势坤，君子以厚德载物”两个命题，集中地体现了中国文化的精神实质。“自强不息”就是“努力向上，决不停止”，中华民族不断进取、奋发有为精神的写照；“厚德载物”指君子应以大地一样的胸怀包容万事万物。这些特点，概括出了中华民族的民族精神。中国历史上虽然也有哲学家主张清静、无为，但从总体上讲，中国文化历来关注现实人生，刚健有为、自强不息的进取精神和积极入世的人生态度一直居主导地位。中国历史上涌现过无数自强不息的仁人志士与斗士。

2. 强调整体，崇尚和谐统一的中和精神

在人与自然、人与人的关系问题上，中国传统文化强调整体，崇尚和谐统一，具有积极的意义。崇德利用是人们处理物质生活与精神生活关系的准则；和与中是处理人与人之间关系（包括民族关系，君臣、父子、夫妇、朋友、兄弟关系等人伦关系）的准则；天人协调则是解决人与自然关系的总法则。以《周易大传》为代表的“天人协调说”认为人是自然的产物，是自然的一个组成部分，自然界的运动有着普遍的规律，人必须顺应自然规律行事；但同时，人的活动对自然界又有重要的影响，人应该在顺应自然规律的前提下，发挥主体能动性，改造自然使其符合人类的愿望，达到人与天的相互协调。古代思想家们还把人的道德性加之于“天”，使“天”成为道德和理性的化身，认为理性即天道，道德原则和自然规律是一致的，人类的生活理想应该符合于自然界的普遍规律。《周易大传》所说的“先天而天弗违，天而奉天时”、“财成天地之道，辅助万物之宜”，是天人合一的最高境界。思想家的价值理想，是要在个体与个体、个体与群体、人类与自然之间建立一种高度协调的关系，并以这种和谐境界为“至善”， 从至善中去寻求“至美”。可以说，和谐是整个中国传统文化的最高价值原则，这一原则和认为宇宙是一个和谐整体的世界观及重和谐的思维方式一起，对中国传统文化的形成、发展和繁荣产生了深远的影响。

3. 奉行中庸之道，崇尚忠恕的精神

儒家奉行中庸之道，崇尚忠恕，把在变动中寻求和谐、稳定的处世方法作为人生的最高境界。孔子主张道德至上，将中庸视为最高之道德，宣扬仁义、孝悌、忠信，注重修养德性与人际协调；《易传》强调，宇宙万物永远处在变化过程中，事物若要臻于完善，保持理想状态，其运行就必须把握好分寸。“中庸”概念是孔子提出的，“庸”指普通平常的意思。《中庸》篇云：“舜其大知也与！ 舜好问而好察迩言，隐恶而扬善，执其两端，用其中于民，其斯以为舜乎！”所谓执“两”用“中”，也就是中庸，指随时运用中的原则，处事恰如其分，既不“过”，又不能“不及”。《中庸》还说：“喜怒哀乐之未发，谓之中；发而皆中节，谓之和。中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。”这就是说，人的情感和欲望都有一个适中之点，在这个适中的限度内就能达到和谐的境地；一个社会也是一样，若要达到和谐、安定、有序，必须把人的情感、欲望、行为都保持在适当的限度内。中庸不仅是一种抽象的思想原则，而且也是一种修养境界。孔子将中庸视为最高的道德，认为它是超功利的，却又有着极大的功用，这功用就是达到人己物我的和谐，使人和事物的发展都能够保持均衡协调。中庸所体现出来的辩证思想和它所追求的人格形态，对中华民族思维方式的形成和演变产生的影响和积极作用是不容置疑的，在许多方面对今天的人们仍有指导和教育意义。以和谐为最高价值原则，强调多样性的统一，也具有内在的合理性。但儒家所说的“和”的含义后来演变为融合、调和、无原则地为“和”而和，就陷入了严重的片面性。而过分夸大中庸之道的应世原则，凡事固守着不靠前、不落后的思维定式，势必会遏制创新与发展，陷入僵化、保守，这不仅与现代化所倡导的开拓进取精神大逆其道，而且与中庸所蕴含的思想精华也是相违背的。

4.注重人的内在修养，轻视对外在的客观规律的

探究价值指向

注重人的内在修养，轻视对外在的客观规律的探究，是中国传统文化的一个重要价值指向。儒家的价值学说，可以称为内在价值论或道德至上论，它认为道德不是来自上天的意志，而是基于人与人之间的现实关系而产生的。孔子主张“义以为上”[注]，即道德的价值是至高无上的，道德具有内在价值，是人类社会的基础和主导；道德不但可以衍生出知识价值，而且可以决定政治价值和物质利益价值。这种重视道德和人的精神生活的思想，对中国古代价值观的发展有深远的影响。儒家并非不看重生命的价值，但更强调道德价值，在他们看来，生命对一个人固然重要，但人的道德操守和气节更重要。在两者发生矛盾的时候，他们主张“杀身成仁”，“舍生取义”。儒家道德观念重内在价值与修养，认为道德不是用来达到某种目的的手段，尤其不是用来谋取个人利益的手段，它是一种精神的自律，人加强内在修养，就是要提高道德的自觉性。

中国思想家从人类生活本身探求道德的根据，体现了人本的观点。像孟子把道德的根源归于人性，荀子将道德的产生归于圣人的思虑，张载从人与人、人与物的本然关系诠释道德等等，这些观点虽然在历史观上属于唯心主义，但比宗教的道德观无疑要高明、合理。

对社会理想和人格理想的追求，是中国传统文化和传统价值观中最为鲜明、持久的传统之一，至今仍有强大的生命力。中国历代哲人都认为人应该有崇高的社会理想，这个社会理想就是《礼记·礼运》篇所描绘的大同世界。这种带有浓厚理想色彩的原始大同社会图景，影响了中国历代哲人和统治者。中国古代哲学中有肯定人的人格尊严、人的道德价值的思想，儒家道德的特点是富于理想主义、人文主义和实践理性精神，它追求自我完美，力图通过道德塑造理想人格。孔子说：“三军可夺帅也，匹夫不可夺志也”；孟子也说：“富贵不能淫，贫贱不能移，威武不能屈，此之为大丈夫。”认为高尚品德的价值远在世俗的富贵之上。儒家非常注重气节，孔子说：“志士仁人，无求生以害人，有杀身以成仁。”孟子说：“生，亦我所欲也；义，亦我所欲也。二者不可得

兼，舍身而取义也。”儒家最理想的人际关系是父慈、子孝、兄友、弟恭。儒家强调人的社会责任，积极入世，在个人与家庭、个人与国家、个人与社会的关系上，提倡群体意识，突出个人的内在修养，意欲通过个人的内在修养达到道德的完善。这种充分肯定人的人格尊严的观点，是非常深刻的。中国传统道德之所以具有当代价值，正是由于它有着与人类理想的大道相一致的方向。

社会理想和人格理想既相区别，又有联系。儒家各派尤其重视二者的联系，他们提出的所谓“内圣外王之道”，就是把社会理想和人格理想联系在一起的一种生活理想。“内圣”，指主体的内在修养以及对真、善、美的把握，是对理想人格的追求；“外王”，指把主体内在修养的所得，推广于社会，使天下成为真、善、美统一的大同世界。这是对理想社会的追求。《大学》提出的“三纲八目”使这一思想更为具体化。通过道德修养来实现政治理想，道德为政治服务，正是儒家思想乃至中国传统文化的一个重要特征。中国传统文化实际上就是一种以政治伦理为特征的人文文化。

这里需要指出的是，重视伦理和政治的特点，导致了中国传统文化的另一种片面化倾向，那就是只重王权、国权而忽视民权、人权，只强调人的义务而忽视人的权利和人的主体地位。与此相关联，是政治权利的绝对化和法制意识的淡漠。这造成了中国传统文化中民主精神的匮乏和人的个性的麻木。人伦观念后来演化成为“三纲”，突出臣对君、子对父、妻对夫的片面服从关系，在历史上更是起了阻碍社会进步的作用。

儒家肯定人的价值，注重道德的作用，这对于封建时代精神文明的发展起过巨大作用。但在义利关系、德力关系等问题上，儒家，尤其是宋明理学的见解却表现了严重的偏向。义利关系实质上是个人利益和社会利益、人的物质需求和精神需求的关系问题。以儒家为主导的中国传统文化推崇非功利性，价值观以重义崇德为特色，认为只有小人才“喻于利”，而君子是“喻于义”、“谋道不谋食”的。孔子提倡“义”，但不完全排斥“利”，而是要求“见利思义”[注]，“因民之所利而利之”[注]，主张以义

求利。孟子对义与利作了严格区分，认为道义的价值高于一切物质利益，道义按其本性来讲不仅有利于维护自己正当的个人利益，更重要的是它具有理想性、自我约束性和利人的特性。后来，董仲舒提出“身之养莫重于义”的命题，认为有道德是人贵于物的根本所在，道德的价值高于物质利益。从孟子到董仲舒，再到后来的程朱陆王学派，经过不断的阐释和发挥，义利关系演化成了“正其谊不谋其利，明其道不计其功”，专门强调道义，忽视公利与私利的区别，在反对私利的基础上一概地反对利，进而藐视人的一切物质利益，甚至把社会物质生产活动置于卑贱的地位，这样，价值观就发生了严重脱离实际的倾向。

在义利关系上，墨家及后世一些学说也有比较全面、辩证的论述。他们主张义利统一，德力并重，高度评价生产劳动的价值，同时重视能够给生产力的提高带来实际利益的科学技术。这些思想虽然在古代没有产生重大影响和作用，但无可否认，这是非常宝贵的精神遗产。中国历史上的功利主义一般都是进步阶级或阶层的思想武器，而道义论往往是统治阶级、没落阶层的理论学说。马克思认为，功利“表明了社会的一切现存关系和经济基础之间的联系”。这也就是说，功利关系是一切社会关系的基础，利益机制是社会运行的动力机制。当然，这里所说的功利和利益追求，是必须要有法律和道德作基础的。

5.重家族、重血缘的家庭伦理本位的价值观

封建的、以血缘为纽带的宗法社会的延续与发展，以及以儒家仁义道德为价值信念，以成仁取义为价值理想的思想传统，使中华民族形成了重家族、重血缘的家庭伦理本位的价值观。

在中国封建社会中，最为普遍的家庭模式是几代同堂的大家庭。大家庭中成员通常居住在一起，经济上实行统一收支和管理，除家长外，其他人经济上没有自主权力，要依赖家庭的共同财产而生活，因而，家庭的命运也就是个人的命运，而个人就不得不以家庭为本位。家长制管理模式下的家庭关系，没有任何民主和平等可言，有的只是对家庭成员

应负责任和应尽义务的种种伦理限制与规定，而且这些限制和规定大多是单向度的，仅强调一方对另一方的责任、义务，族权、父权、夫权在家庭中处于不可动摇的主宰地位。这种家族本位主义的价值观后来被引申发展为国家为本、君权至上的社会本位主义，正如“三纲”中所规定的：“君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲”。

儒家就是用家族制度的合理性为社会制度做理论基础的。儒家重视“人伦”，特别强调君臣、父子伦理关系，重视个人对家庭、国家的责任。孟子说：“天下之本在国，国之本在家，家之本在身”[注]。这里虽然也肯定了个人的重要性，但却没有关于个人权利的概念，只强调个人对社会的应尽义务，身之本最终以天下为归宿。先秦的儒家强调由己及人，所谓“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”，把国家社会视为一个大家庭，把孝慈友悌之类的家庭道德推而广之，用以处理个人与社会、个人与他人的关系，从而形成家族伦理本位与社会政治伦理本位的统一。冯友兰先生认为：“家族制度在过去就是中国的社会制度”。在中国封建社会五种主要社会关系（君臣、父子、兄弟、夫妻、朋友）中，就有三种是家庭关系，其余两种也可以按照家庭关系来理解。皇帝作为一国之君，其“大家长”的地位自不必说，连七品县令，也被以“父母官”相称，可见中国的封建制就是一种大的“家长制”。它强调个人无条件服从家庭、群体、社会的利益，提倡忠孝、奉献，而对人的欲望、个性则持贬抑态度。这种只讲个体对社会的责任、义务，却忽视人的权利的倾向，与西方高扬人的个性、人的自由旗帜，以个人为本位的价值观形成了鲜明的对照。中国传统文化虽然处处讲人，但它真正重视的并不是人，而是人所归属的群体，尤其是国家的利益。总体是至高无上的，而个体是渺小的、微不足道的。总体与个性的对立，总体对个体的压抑，构成了中国人文精神的一大特征。

应该看到，把民族、国家利益置于个人利益之上的传统，在中国几千年的社会发展中起了激发人的社会责任感、爱国心和群体凝聚力的作用。其中有的内容至今仍对中国人产生着积极影响。但是，由于道德理想和物质利益是密切相关的，所以，超越人的基本需要和切身利益而讨

论道义和理想的说教，最终必将流于空泛。到后来，宋明理学甚至提出了“存天理，灭人欲”的观点，更是把儒学推向反人道的方向。这种传统思维方式压抑了人的个性的发展，限制了人的思想自由，导致了中国人思想的僵化、保守，对中国社会发展产生了消极的影响。

总之，传统文化是一种适应、反映、表达、体现中国传统社会尤其是宋明以来社会经济、政治关系的封建的思想文化。它以自然经济、血缘宗族依附关系为根基，以维护皇权、神权、父权为中心的严酷等级秩序的“礼”为基本范式，有其内在的同一性和根本价值指向，有导源于这一中心的本源性的统治与服从关系，是一种自足的整体性体系。必须看到，这种植根于长期稳定的农业社会，服务于封建的经济基础和国家机器，有着稳定的、整体的发展模式的文化，与现代工业文明和以商品交换为特征的市场经济所需要、所要求的文化，有着本质的区别。文化的转型，新的文化体系的建立，必须以现实的社会实践为出发点，为依托，为尺度。但同时，以儒家为主导的中国传统文化和价值观的积极作用是不容抹煞的。它的整体性、系统性和传承性，使之构成了人们解读、理解现代化的整体背景；它所包含的丰富的思想材料，也是新的价值体系和文化体系成长和创建的必不可少的资源。能否充分利用好这笔资源，让它在当代发挥应有的价值，是摆在我们面前的一个现实而又紧迫的任务。

（三）中国传统文化的命运

中国传统文化，在维系长达两千年的封建社会中，立下了汗马功劳。可以说，没有中国传统文化的帮助，中国封建社会就不会延续那么长的时间。于是，伴随着19世纪末20世纪初中国反对封建帝制的斗争的日益展开和取得了辉煌的胜利之后，历经了千年的沉淀、积淀的中国传统文化，遭受到了前所未有的质疑与打击。在这个过程中，其中最具有代表性，并且起到了决定性作用的就是发生于20世纪初的新文化运动和

20世纪60、70年代的“文化大革命”。这两次运动，将整个中国传统文化几乎摧残到了毁灭的边缘。但到了20世纪80年代后期，在中国曾经掀起过一次对中国传统文化的反思的浪潮。这次浪潮时间很短，前后算起来不到2年时间。这次文化反思运动，曾力求运用历史唯物主义的思想、观点和方法，对传统的中国文化作辩证的分析，并尽可能地比较研究的角度出发，将某种文化现象放到世界文化或东方文化的大背景下进行研究和探讨。他们对中国的传统文化、民族心理、宗教形态、思维模式等作精辟的分析，并与中国当时的改革和开放大业紧密结合，肯定传统文化中的精华并探讨发扬光大它的途径，摈弃其中糟粕并指出它在现代化建设中的阻碍作用。当时，1988年，国际文化出版公司出版了一套《蓦然回首——对中国传统文化的反思丛书》，大约有10本——《凄壮的祭坛》、《变革中的文化心态》、《无形的网络》、《悲患与风流》、《天·神·人》、《走向避难所》、《禁锢与超越》、《寂灭与再生》、《世俗的祭礼》和《历史透镜下的魂灵》。这次的反思没有能够继续深入下去，但是，在中国传统文化研究中，却留下了凝重的一笔，值得我们深思。

通过以上的回顾与分析，留给我们的令人深思的问题是：我们曾经试图打破一个既有的文化模式，但是，并没有真正建立起一个足以能够代替这个文化模式，而让中国人能够认可和接受的新的文化精神模式。我认为，这也就是当今中国社会为什么会发生如此多的不可思议的社会和经济、政治问题的原因之一。这里我们是否需要问几个问题：一是中国传统文化中是否都是糟粕，需要我们彻底地抛弃？二是中国传统文化中有无我们可以借鉴的东西，我们是否需要继续研究它、扬弃它？三是我们是否需要构建起我们新的文化模式？四是如何构建我们的新的文化模式？五是我们需要怎样的新文化模式？它的内涵、外延、精髓应当有哪些？它与中国传统文化有哪些区别和联系？与当今世界所谓的主流文化和其他发达国家的文化有无必然的联系？等等。对于这些问题，恕我才疏学浅这次我不可能逐一回答。我只是就我思考到的一些与中国法治发展有联系的方面和内容谈一些不成熟的想法。

二、中国传统文化与中国法治

（一）为什么要讨论这个话题

以上我们对中国传统文化作了一些简单的剖析。大家可能会从中得出一个结论，即：既然中国传统文化如此糟糕，我们又何必去学习、研究、探讨它呢？这里我要强调的是，以上是对中国传统文化总的概括与评价，但这不等于我们的老祖宗们留给我们所有的东西都是糟粕。其中一些具体的精神、价值观念，则是有着其积极意义一面的，有的甚至是我们应当认真汲取和借鉴的。任何一个文化都有其精华与糟粕，关键看我们去如何对待它、研究它、利用它，如何使得它们能够为我们现代社会的发展服务，至少可以从中收到一些必要的启发。

虽然对于中国传统文化有着多方面的评价和结论，但毋庸置疑的是，中华族有着泱泱五千年的未曾间断过的历史，正是在这五千年的历史长河中，中国完成了具有自己特色的文化的积淀与创造的漫长的过程。在这个过程中，中华民族在创造了丰富的物质文明的同时，也创造了灿烂的精神文明，在精神文明的成果之中法律文明又是其中的一个重要的组成部分。而法律文明又是有与其他文明，诸如文学、道德、艺术文明等密不可分的。今天的中国人正在进行着构建中国现代法律文明的伟大任务，不可避免就要探讨中华既有文化对于构建中国现代文明的意义及其影响和作用。在完成这个伟大任务的过程中，中国的法学者们开始探讨中国传统文化和中国民法的问题。经过同仁们的共同努力，民法的立法已经有了很大的进展，当代中国已经创造了灿烂的法律文明。但是，在立法中，也出现了许多亟待解决的理论问题，例如：如何解决中国传统文化与现代法律的理论联系问题？其中十分敏感的问题，就是中国要构建自己的现代的法律体系，究竟如何看待和利用、吸收西方法律文化，特别是当西方法律文化与中国传统文化在利益价值、利益取向等方面，出现矛盾甚至抵触、对抗时，对于二者如何取舍？中国在构建现

代法律体系过程中，是否应当吸收中国传统文化中的某些因素，而创建具有中国自己的特色的法律文化？于是，对于中国文化的讨论便引起了中国法学界的关注。

（二）中国文化与法治的关系

在这里我只想谈一谈我个人对中国传统文化中的和谐思想和礼制思想里所表现出来的特征和内容与法治，包括刑事制度、司法制度和民事制度的关系的认识及看法。

和谐与和谐社会的思想，是中国传统文化中的重要的思想遗产。和谐的思想，最早出现在西周末期。在约公元前七世纪的周幽王八年，太史伯与郑桓公的一次谈论“兴衰之故”和“死生之道”时，针对周王“去和而取同”，即摒去直言进谏的正人，而相信与自己苟同的小人，第一次区别了“和”与“同”。史伯说：“以他平他谓之和，故能丰长而物归之。若以同裨同，尽乃弃矣。故先王以土与金土水火杂，以成百物。”他还总结了历史，认为“虞幕能听协风，以成乐万物生者也。夏禹能单平水土，以品处庶类者也。商契能和合五教，以保于百姓者也。周弃能播殖百谷蔬，以衣食民者也”。[注]就是说，虞夏商周之所以能够成就天与地一样长久的赫赫功业，其根本原因就在于他们能够在天地和人事之间创造和合关系。史伯认为周幽王必亡，是因为他“去和取同”。他认为，必须以不同的元素互相配合方能求得矛盾的均衡和统一，才能有利于治国；如果以相同的事物相凑合，则有害于国家。

在《说文解字》里对和谐是拆开解释的，“和，相应也”，而“谐”则指“配合得当”。《中庸》云：“中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。”儒家认为，中和，和合乃天地万物存在、发展的规律。因而，治国传统文化中，和谐大体包括人与天地和、人与人和、人与自身和三个方面及其协调统一。其中人与人和包括人和、家和、国和；人与自身和包括饮食之和、礼乐之和、音乐

之和。和谐理念的最高境界就是实现小康社会和大同社会。

“礼”字意蕴丰富，《说文解字》中解释为“礼，履也，所以事神致福也，从示，从丰。”以此来看，“礼”起源于祭祀，“人们把在祭祀活动中使用的专用工具‘丰’作为祭祀仪节规范的代名词，后演化为‘礼’。”注即“礼”的最初意思是指祭祀中的各种礼仪规范。后来，“礼”的内容进一步丰富，包括了儒家思想中的伦理纲常、忠君重孝，也包括各种礼仪。有学者认为“所谓‘礼’，是中国古代社会长期存在的、旨在维护宗法血缘关系和宗法等级制度的一系列精神原则和言行规范的总称。”注

实质上“礼”就是“法”，人们必须遵守既定的礼仪规范，其中主要是儒家的经典论著，如果违反了“礼”，就要受到“法”的制裁，所以有云“出礼入刑”。有学者认为“礼法结合”主要表现在四个方面：“以经义来断事决狱；礼仪与律令同录；强调德赏刑罚必须与阴阳、五行、四时变化相符合；根据礼书规定和纲常伦理来施令与行法。”注

1.我国古代的和谐思想与刑事司法制度

“中”是和谐的重要表现形式。刑罚尚中思想体现了刑事法律中的和谐观。在西周刑制中，“中”具有折狱持平、不枉不纵、无所偏颇之意，被作为能够致“和”的刑罚原则而频繁地被运用。《尚书·立政》在谈到断狱时强调：“兹式有慎，以列中罚。”这里的“中罚”是指在运用刑法规制时，要做到“咸庶中正”，注在刑罚适用上，把刑罚是否中正和宜作为是否为祥刑的判断标准。在司法诉讼上，强调“非佞折狱，惟良折狱”，诉讼过程中折狱官员要“两造俱听，师听上辞。五辞简孚，正于五刑”，并进而提出了疑罪从无的赦宥原则，即“五刑之疑有赦，五罚之疑有赦，其审克之。”在定罪量刑上，强调“上下比罪，无僭乱辞，勿用不行，惟察惟法，其审克之。上刑适轻，下服；下刑适重，上服”。注提出了“刑罚世轻世重”的刑罚时变观。

2.我国古代和谐思想与息讼求和理念

以礼入法、礼法结合是我国古代把“和谐”奉为社会中绝对的目标的终极体现。这种对和谐的追求，在诉讼中就演化为“息讼”和“以和为贵”的要求。于是，和解制度，便应运而生了。

在中国古代，和解制度早已存在，只是在具体内容和指称上与现代的和解有少许的出入。如清代的地方审判中，一般允许调处与和息。“由州县官或两造亲友、地方绅耆调解两造之诉讼，谓之调处。调处之结果多为和息，和息含有和解及息讼（撤回诉讼）之意。”[注]此即可理解为调解与和解。清律中有关于私和范围的规定，但在实践中，地方官员在是否准予私和上，有一定的裁量权。少数地方官员谨慎私和的使用，大多数州县官主张调解或自行和解。“词讼之应审者，什无四五，其里邻口角，骨肉参商细故，不过一时竞气，冒昧启讼。否则有不屑之人，从中播弄，果能审理平情，明切譬晓，其人类能悔悟，皆可随时消逝。间有准理后，亲邻调处，吁请息销者，两造既归辑睦，官府当予矜全，可息便息，宁人之道，断不可执持成见，必使终讼，伤闾党之和，以饱差房之欲。”[注]

我国古代民刑不分，因其多是邻里纠纷而起，主张能息则息，尽量减少诉讼，此种方法既不伤和气，又能息讼宁人。清律第300条规定了和息的范围，“尊长被杀，卑幼不得私和；卑幼被杀，尊长不得私和。”[注]在第336条规定了诬告不得和息：“控告人命，如有诬告情弊，即照诬告人死罪未决律治罪，不得听其自行拦息。其间或有误听人言，情急妄高，于未经验尸之先尽吐实情，自愿认罪递词求息者，讯明该犯果无贿和等情，照不应重律，治罪完结。”[注]以此可以佐证，刑事案件中，除以上非常严重的犯罪之外，允许私和。

在具体的私和方式上，调解与和解并存。调解可以是州县官员调解，也可由两造亲友调解，也有地方绅耆调解。“勤于听断善已，然有不必过分皂白。可归和睦者，则莫如亲友之调处，盖听断以法，而调处

以情，法则泾渭不可不分，情则是非不妨稍借，理直者既通亲友之义，义曲者可免公庭之法。”注“遇民来诉，批所知相近之士耆处释，即令来诉者持批词给之，立言剀切，足以感人，必有极力排解，以副官指者。”注这是调解的几种方式，除此之外，也可以双方自行和解。

3. 关于礼治与民法的问题

中国文化的最大特征就是所谓“名分”，其具体体现在人与人的关系的等份上，即所谓父子有亲，君臣有义，夫妻有别，朋友有信等伦理纲常关系，其进一步衍生为所谓三纲五常。三纲、五常这两个词，来源于西汉董仲舒的《春秋繁露》一书。但作为一种道德原则、规范的内容，它渊源于先秦时代的孔子。孔子曾提出了君君臣臣、父父子子和仁义礼智等伦理道德观念。孟子进而提出“父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信”的“五伦”道德规范。董仲舒按照他的大道“贵阳而贱阴”的阳尊阴卑理论，对五伦观念作了进一步的发挥，提出了三纲原理和五常之道。董仲舒认为，在人伦关系中，君臣、父子、求全责备三种关系是最主要的，而这三种关系存在着天定的、永恒不变的主从关系：君为主、臣为从；父为主，子为从；夫为主，妻为从。亦即所谓的“君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲”这三纲。三纲皆取于阴阳之道。具体地说，君、父、夫体现了天的“阳”面，臣、子、妻体现了天的“阴”面；阳永远处于主宰、尊贵的地位，阴永远处于服从、卑贱的地位。董仲舒以此确立了君权、父权、夫权的统治地位，把封建等级制度、政治秩序神圣化为宇宙的根本法则。董仲舒又认为，仁、义、礼、智、信五常之道则是处理君臣、父子、夫妻、上下尊卑关系的基本法则，治国者应该给予足够的重视。在他看来，人不同于其他生物的一个重要特点，在于人类具有与生俱来的五常之道。坚持五常之道，就能维持社会的稳定和人际关系的和谐。从宋代朱熹开始，三纲五常联用。中国的这种“礼治文化”是中国社会能够维系数千年而延续至今的一个重要因素。

这种关系的最大特点就是人之间的联系与交往是以深厚的人类道德感情来维系的，而不是通过法治的方法来维系社会。而人类的这种道德感情是温情脉脉，是无私的、温和的，这与西方所谓的法治文化的陌生、自私、冰冷的特性是格格不入的，中国直到现在还是一个熟人和人情社会。这就是中国的所谓“礼乐文化”。“礼乐文化”的一个重要特征就是不通过理性计较自己权利的得与失，即所谓“小人喻于利，君子喻于义”，这与西方的以“契约原则”来维系社会，进而把契约的理性计较私利原则扩张到人类的所有生活领域，使人逐步变成了一个精于计算私利的冷漠的理性动物，人与人之间的关系是法律权利关系。于是就有学者提出，应当去克服西方近代以来“民法帝国主义”的倾向，把契约原则重新收回到民法领域，截断契约原则向人类生活世界扩张的殖民之路。

这种观点似乎有些偏颇。其实，无论是“礼乐文化”还是“契约原则”，都是维系社会存在和发展的理论依据和原则。只是他们所赖以存在的社会基础和文化背景不同而已，不存在谁反动谁革命，谁好谁坏的问题，只要能够被历史检验在一定的社会形态里起到维系社会存在、稳定社会秩序、促进社会发展就是进步的、有益的。这里应该探讨的问题是这种理论或者原则是否适应当时社会发展的需要，在社会发展到今天是否需要修订或者相互借鉴？

“礼治”或曰“礼乐文化”，所体现出来的无私的、温情脉脉的特征，恰好可以弥补“契约原则”的自私的、冷冰冰的特征所带来的那种冷漠的理性的不足；而“契约原则”也可以多少填补因过于强调“礼乐文化”而致使因漠视私利而抹杀人之个性、影响社会发展的惰性。因此，从民法上讲，既可以在家庭法（家事法）中体现温情脉脉的“礼乐文化”的特征，也可以在人格权、物权、债权、侵权等民法制度中更多地体现“契约原则”，以鼓励人们创造财富，促进经济社会的发展。其实，“礼乐文化”的内容就包含了民法中的公平、诚实信用原则和尊重公序良俗原则的内涵，“礼乐文化”中的所谓“仁”与“义”就包含了公正、尊重公序良俗等民法原则。所谓“仁”即仁爱、正义、性情和顺善良，“义”即正义、合乎正义或公益、情谊。这里的“仁”与“义”实际上就包含了追求公正、公

序良俗等含义。“信”即确实、信用、相信，其中就包含了言而有信等民法中的诚实信用原则。因此，中国传统文化中的“礼乐文化”和“契约原则”并不是完全对立的，二者从实际意义上来说是有着相通之处的，因此，对于现代中国来说，应当尽可能地将二者融合、消化，使之共同适用于中国的民法体系中，以体现和谐民法的精神。

（三）法的渊源与法治

这里讲的法的渊源主要是指法制定与社会生活、民事习惯、历史文化的关系。以民法为例，曾几何时，有的学者说，我们可以制定一部理论上和逻辑上完美的民法，根本不用考虑操作性的问题。他们还列举了很多所谓世界上第一流的民法典作为佐证。这是对世界民法典运动的一种误读和误解。应当说，从19世纪开始的民法典运动，无一不是基于当时各国特定的历史社会条件而制定的。如《法国民法典》是为了巩固法国资产阶级大革命的成果和基础，应当时法国的政治、社会生活的需要而制定出来的，所以，其所体现出来的格外重视人的地位，而把维护人的尊严，反对封建等级，强调人生而平等，放在重要位置；而到了《德国民法典》制定之时，德国已经完成了国家的政治统一，而且从世界范围看，资本主义的发展已经经历了百年的发展历程，特别是经过工业革命，资本主义已经在逐步走出原始积累阶段，一些资本家已经积累了相当规模的财富，因而保护他们的私有财产和既得利益，便成为了他们的立法者和学者的首要任务，因此，《德国民法典》便自然而然地体现出来了以物质利益保护为其突出的特点，当然，其也没有放弃对于人的权利的保护。其实，对于私有财产的保护，也就是对于人的基本权利的保护，因为，在现代社会，人的财产的多寡实际上决定了他的社会地位和所享有的权利的多寡。比如，对公司所持有的股份所占的比例的高低，直接决定了每个人在公司的地位和对公司事务决策权的行使，以及收入的多寡。但是，到了20世纪下半叶，随着世界科学技术的飞速发展，尤其是电子工业、原子应用技术、计算机技术、生物技术、太空技术等领

域的飞速发展，人们发现原有的诸如契约自由、私权至上、过错原则等民法原则，已经不能适应社会发展的需要，社会责任、无过错原则、人权观念等便在民法中凸显出来，很多国家在制定新的民法典以及在对老民法典进行修改的过程中，也及时地调整了立法原则和手段，使这些民法典尽可能地反映当代社会经济发展的需要。甚至有的国家，在立法过程中还特别注重对民间习惯、过去立法经验、历史文化传统的调查、研究和吸收。因此，法的渊源，包括民法的渊源，不仅包括民事习惯，更应当包括每个国家的特定的历史文化渊源和当代市民社会生活的现状，以及外国相类似国家的法律文化，等等。总之，对于法的渊源的理解，不能够仅仅从“法”的角度去考虑，而是应当将其范畴扩展到政治、社会、经济、文化生活的方方面面。

三、中国当代法律文化的构建

（一）中国传统文化与现代文化的联系

那么，究竟应当如何看待中国目前的社会发展与文化现象呢？笔者认为，从表象上看，现在中国的文化已经呈多元化的，但主要还是以记实为主的现实主义文化占主导，中国在任何时代，现实主义都是主流，这是由于我们的社会文化决定的。特别是受到生存和社会压力的影响，主题中确实有功利和商业炒做的成分，体现出了现代人对金钱权势的贪婪。有人说中国的文化正处于半沙漠状态，缺少沙漠甘泉一样的慰藉人们心灵的东西。人们对精神的需求还不是很强烈，在世俗和实用主义的影响下一切向经济看齐。这只能说是反映了一个方面的情况，不可能全面。**文化很难有独立的时候，一般是工具，它必须反映社会发展的某个阶段的特色。**我们现在的文化中，依然还存在着许多中国传统文化的内

容，比如我们对各种事物的判断，依然保持着传统的价值标准和影响。

简单来说，中国文化可以概括为大陆文化。先举两个明显的例子。

第一个例子是中国文化的“盆地文化”。盆地模式是理想的中国模式。内部要富饶，背后要有靠山，前方要开阔，即所谓“左青龙右白虎前朱雀后玄武”，基本上就是这个意思。想想故书中的昆仑仙境和陶渊明的桃花源，这些都是中国人向往的地方。再看看八大处、十三陵、苏州园林以及北京的四合院，都是盆地模式的体现。盆地模式的这种心态一直保留到现在。比如，到饭店或食堂吃饭的第一波人，一定会找一个比较靠边的地方，自己能够看到别人而别人看不到自己。这就是在营造一个盆地。这实际上是一种遁世、逃避的文化心态。出现这种文化心态的背景原因是由于对于现实的不满，或者自己明知这个现实有问题但又无法凭着自己的力量去改变这个现实，因此，只有采取这种逃避或者回避，甚至去寻找一个自己认为可以避开这些烦恼的地方，即所谓的“世外桃源”去独善其身，而转而用其他方式来排泄自己对现世的不满和愤怒。这种文化是东方所固有的专制文化的直接反映，因为受到专制独裁和权力的压制或者压抑，而现有的制度又无法使得自己的理想或者认为可行或应当这么去做的想法付诸实现，而采取的无奈举动和做法，久而久之，这种做法便被更多的所谓不得志的知识分子所接受，进而发展成为一种文化现象，深入到中国人的骨髓之中。而采取这种行为方式的人，往往是那些自认为有理想、有抱负，而自己的抱负又一时无法实现的生活在中国这个文化氛围内的知识分子，即所谓的“士”。而这些“士”在埋怨社会或者国家对其不公的时候，也很少去考虑自己的理想是否符合现实，是否能够济世扶危。因此，这就出现了所谓隐士、世外高人文化，也才会出现所谓“世人皆醉我独醒”的“士”对于社会和人生的看法。这也是“中庸”思想的直接反映，不做出头鸟，出头的椽子先烂，等格言便成为了中国人遵循的人生哲理。但是，这种文化的最大的问题是泯灭人的创造力和人性，使得社会的发展始终走不出循环发展的轨迹，要想使社会得到真正发展，该文化就必然会成为严重的障碍。

第二个例子是中国的墙文化。欧美的公司企业周围可以没有围墙，最多只设个标志啥的，可中国的各大单位必然要买很多砖头把自己围起来，形成一个大院。中国人一定要住在墙里面，心里才踏实。世界上最大的长城，就是墙文化的典型代表。可是从功能上看，墙未必能外御其侮。西北少数民族根本就不把长城放到眼里，可是历朝历代却都要建长城。这反映了中国人防卫、自足的心态。这也是产生专制独裁文化的温床。因为，统治者认为，只有用围墙保护起来，他们的人身安全和统治的策略、思想才不会被民众所知晓，他们的个人人格和统治才赋有神秘性和威慑力，他的统治才能牢固，才能万世不变。

再细说一下，中国的大陆文化是一种小农文化，有一种乡土情谊。中国是几千年的农业国，人口流动性小，所以中国文化要以血缘和土地为中心。中国文化追求一种稳定性，这与海洋文化有所不同。中国人相信一份耕耘一分收获，要想丰收就必须踏踏实实的努力。而西方文化却不这样，他们会投机，一次出海搞到的东西可能够一年用。也正因为如此，西方人有了很多的闲暇时光，可以去钻研艺术和科学，而中国人没有这些闲暇，只能讲求务实主义。在中国，技术的地位要高于科学。比如，古代中国的农学、医学、兵学、天文学都达到了很高的水平，因为中国人有种实用理性主义，一门学科必然要有“xx之用”才算好，否则只能是奇技淫巧。

由此而来，中国的社会特征是宗法文化。拜年就是一个很好的例子。很多亲戚平时可能不会见到，但每年一定要去拜年，这样才能一遍一遍地确认关系。中国人认为，家为立国之本。古代的时候所有的事情都由县衙管理，而不必设置检察院、法院、公安局、民政局，就是因为这一点。古代只有刑法没有民法，什么事情一旦闹到衙门去了，必然就是刑事案件了，所有的民事纠纷在家里都能解决。这样，家中的宗族长就极为重要，要靠他调解家庭关系。古代人认为，想平天下必然要齐家，因为当时处理家庭关系是在实在是有挑战性。现代人家里闹别扭，通过摔门、不吃饭、瞪眼等手段很可能就简单化解了，而古代不行，尤其是大家庭，人与人之间的关系不是一般的复杂，《红楼梦》就是一个

典型的例子。还有个例子是明朝大将戚继光，在外能扫平倭寇之患，可在家却怕老婆——这说明，处理家庭关系要比化解敌我矛盾困难多了。

宗法文化中，人们必然要看重祖宗，看重传宗接代。中国人不去拜上帝，却一定要拜祖宗。祭祖成为中国很重要的宗教活动，有什么事情也要向祖宗汇报。因为有祖宗时时关照着，中国人不是孤独的，古代中国也不可能产生后现代的那种被抛入感，每一代人，都与他们的祖宗和后代息息相关。对于中国人来说，人活着基本上就是为了传宗接代。立德、立功、立言，此之谓三不朽——这对一般人来说太难了！一般人怎么不朽呢？就是生孩子。让自己成为孩子的祖宗，让血缘延续，没有什么能比这个更让中国人开心的了。还有佛教的因果报应，最早可能是说的报自己，但中国人认为报应给孩子，所以有什么好事，中国人会想"这是祖宗上积了德"；而万一那个人干坏事，人们会骂他"生孩子没屁眼"，这些例子就是中国宗法文化的体现。

中国传统文化精神究竟是啥？新儒家的徐复观认为是"忧患意识"，这从墙文化和盆地文化中能够体现。而李泽厚认为中国文化是一种乐感文化。（与之相对，西方是罪感文化，日本是耻感文化。）古时候有不改其乐的颜回，当今有善耍贫嘴的张大民，这就能体现出中国人的"乐"。庞朴把这两种观念结合起来，认为中国文化是"忧乐圆融"，是一种中和的文化。中庸之为德，中国文化强求和而不同。从整体上看，中国文化就是一种内部多元而又统一的大陆文化。

中国文化的最大优点是，它能够很好地处理三个关系。一是人与自身的关系，能做到身心和谐。而西方文化是主客二分，灵肉分离、情理分离的。第二个关系，是人与自然的关系，中国文化的最高境界是天人合一。第三个关系，是人与社会的关系，中国的宗法文化要求社会和谐。但是，与此同时，中国文化也在降低了个人的价值，抹煞了个性。中国传统文化的问题，在于他对个人价值保护不利。但总的说来，中国的现代文化呈多元化，但主要还是以记实为主的现实主义文化占主导，中国在任何时代，现实主义都是主流，这是由于我们的社会文化决定

的。

（二）结论

上述的中国传统文化和现代文化所表现出来的特征，已经渗透到中国社会的各个层面和每个中国人的灵魂之中。我们每一个人其实都生活在这样一个文化氛围之内。这些文化特征直接影响和导引着中国经济社会的发展及中国人的生活。比如，构建和谐社会、以德治国的思想等等，都是中国文化在政治生活中的直接反映。再比如，所谓低调做人、高调做事，低调奢华等，司法中提倡的庭外调解、庭前调解，矛盾纠纷多元解决机制等等，立法中所表现出来的立法机关与行政机关间的妥协，法律条文所表现出来的模糊性和不确定性等等，都是中国文化的直接反映。

这些文化特征究竟对中国的发展是有益还是无益，我觉得不能够一概而论，而应当予以分别的分析和研究。我认为，大陆文化当然不可能尽是糟粕，其中的刚健有为、自强不息的进取精神；注重人的内在修养；崇尚忠恕的精神；强调整体，崇尚和谐统一的中和精神；对于家庭的孝悌思想；忠于国家的爱国精神；等等，都属于可以经过扬弃而进一步发扬光大的。而对于其中的小农文化、围墙文化、宗法文化中的家长意识和作风、国家政治制度的专制思想中的扼杀和压抑人的创造能力和激情的部分，以及过于现实的市侩文化，崇尚权力轻视民权的文化；等等，则要采取批判和抛弃的态度，逐步将其进化为能适应当代社会发展需要文化，尤其要对西方文明中的诸如海洋文明、多元文化、商业文明等加以认真地研究和借鉴，其中的海洋文明内涵极为丰富，极值得我们认真研究，对我们构建起来现代商业文明和法治文明有着极其重要的借鉴作用。

具体到我国，我们应当建立怎样的法律文化以适应我们当前的变迁与生活呢？可看可以从以下几个方面来思考这个问题：

1．法律文化是一个民族文化的重要组成部分，它会影响国家的立法、司法的进程

每个国家 / 民族都有一种法律文化，法律文化能够描述某一整体法律体系的潜在的特征——其主流观念、品位与风格。每一个国家或社会都有它自己的法律文化，而且没有任何两个是完全相似的。法律文化并非一个单一概念，它标示了对于文化层次和文化畛域的一种巨大的、多层面的概括，而且文化层次和畛域的内容、范围、影响在国家法律体系、制度建设和实践中的作用，是其他领域所不可替代的。特别是公民的法律意识，政府的法治观念是由一个国家、民族的法律文化的先进与否，公民法律文化的程度高低，紧密相连的。目前我国一些比较敏感的问题，如法院执行难问题的解决，恶意诉讼问题，腐败问题，公民守法问题，交通肇事、交通逃逸、安全生产问题，等等，都与法律文化建设有着必然的联系。一个民族法律文化程度的高低，直接影响其法治的进程。因此，加强对我国现行社会条件下的法律文化的特点、内容、优势的研究，培养公民先进的法律文化素质，提高公民的法律文化素养，是提高公民综合素质的系统工程中十分重要的一环，应当引起我们的高度重视。

2．法律文化是一个不断更新、发展的过程，需要与时俱进

美国作为普通法的典范，在20世纪中叶以前将其法律制度、法律文化作为一种先进的现代文明向世界各地兜售，而近几十年来，却不断反思，不断自我攻击，自我揭露，自我否定，不断扬弃，不断变化、取长补短。这是一种务实的、进取的文化和精神，应当引起我们的重视。从世界范围来看，两大法系在立法技术上也不断地融合，不断的相互借鉴，进而得以不断的发展。我国作为正在兴起的发展中国家，急需建立一个开放的、科学的法律体系，应当不断进行自我反思，不断扬弃现有

的法律制度和法律文化，使我国的法治建设不断发展、前进。

3．法律文化的多元化应该是其他国家的方向

法律文化多元化是世界发展的趋势。它对于我国同样是一个十分严峻的问题。如何对待外国法律文化的影响和侵蚀，如何建立和发展具有我国自己特色的法律文化，都是我们应当认真考虑的问题。例如，在对待民间法的问题上，我们应该多从法律文化的多元性方面去考虑，关注它的可行性和科学性的一面，既为丰富我国的法律渊源，也要为我国立法和司法工作开创一个崭新的局面。

4．我国法律文化的培植目标，应当以提高公民对于法律的强烈的尊重感和较强的权利观念为重点，要培养一种以守法为荣，以违法为耻；以尊重权利为荣，以侵害（损害）权利为耻的社会风尚。同时，在构建法律体系的时候应当以法律的形式在全社会确立一种守法者必将得到丰厚的回报和优厚的待遇，而违法者则必须付出较守法者多得多的成本和代价。造成一种使守法者自豪、违法者却步的良好的社会氛围。真正走向权利与法治的时代！

（原载于《河南社会科学》2012年第1期）

---

1. 张岱年：《论中国文化的基本精神》，载《中国文化研究集刊》第1辑，复旦大学出版社出版。
2. 张岱年：《文化传统与民族精神》，载《学术月刊》1986年第12期。
3. 张岱年：《中国文化与中国哲学》，载《中国文化与中国哲学》论集，东方出版社出版。
4. 许思园：《论中国文化二题》，载《中国文化研究集刊》第1辑，复旦大学出版社出

版。

5. 杨宪邦：《对中国传统文化的再评价》，载张立文等主编：《传统文化与现代化》，中国人民大学出版社出版。
6. 刘纲纪：《略论中国民族精神》，载《武汉大学学报》1985年第1期。
7. 司马云杰：《文化社会学》，山东人民出版社出版。
8. 丁守和：《中国传统文化试抡》，载《求索》1987年第四期。
9. 庞朴：《中国文化的人文精神》，载《光明日报》1986年1月6日。
10. 《论语·阳货》。
11. 《论语·宪问》。
12. 《论语·尧曰》。
13. 《孟子·离娄上》。
14. 《国语·郑语》。
15. 云剑：《中国传统法律文化中的“礼法结合”》，载《郑州航空工业管理学院学报（社会科学版）》第22卷第2期2003年6月，第32页。
16. 曾宪义主编：《中国法制史》，北京大学出版社、高等教育出版社2003年版，第41页。
17. 华友根：《西汉的礼法结合及其在中国法律史上的地位：》，载《复旦学报（社会科学版）》1995年第6期，第60页。
18. 《尚书·吕刑》。
19. 《尚书·吕刑》。
20. 那思陆：《清代州县衙门审判制度》，中国政法大学出版社2006年版，第103页。
21. 汪辉祖：《佐治药言》，见《入幕须知五种》，第37页。转引自那思陆：《清代州县衙门审判制度》，中国政法大学出版社2006年版，第103页。
22. 《大清会典事例》，卷806，第21页。转引自那思陆：《清代州县衙门审判制度》，中国政法大学出版社2006年版，第104页。
23. 《大清会典事例》，卷818，第3页。转引自那思陆：《清代州县衙门审判制度》，中国政法大学出版社2006年版，第104页。
24. 汪辉祖：《学治臆说》，见《入幕须知五种》，第283页。转引自那思陆：《清代州县衙门审判制度》，中国政法大学出版社2006年版，第104页。
25. 袁守定：《听讼》，见《牧令书》，卷17，第19页。转引自那思陆：《清代州县衙门审判制度》，中国政法大学出版社2006年版，第105页。

美国文化多元主义与美国法律文化

一、美国的文化与法律文化的基本特点

谈到美国的法律文化，我想首先谈谈美国文化的一些主要特色。早在欧洲留学的时候，我就曾经与同宿舍和同班的美国、波兰等国家的同学、朋友谈起美国文化问题。在与他们的对话中，通过他们对美国国民的基本生活情况和文化背景的描述，我总结出美国文化所具有的6个基本特点：1、文化的多元性；2、主流文化与边缘文化并存；3、文化中过多地渗透着经济因素；4、个人利益至上；5、大众文化占据这主流地位；6、精英文化始终与大众文化并存。在这6个基本特点中，文化的多元性是美国文化的根本特征。

关于什么是文化，多数美国人认为，文化是与传统、习俗、民族或生活方式相关的。一般的美国人认为：文化就是在历史上、传统中、记忆里的一代又一代的人在某种环境中、某些家庭里的各种发明创造，包括上帝和自然。在他们眼中文化就是来自家庭的传统和习俗。[注]这些传统和习俗包括：个人的思维习惯，艺术形式，生活方式，人类的活动形式，社会的经济秩序、法律制度等等。总之，在美国人的眼中，文化是一个十分复杂的概念。他们认为，任何一个民族都追求自己的理想文化。美国文化崇尚自由、机会均等、个人至上、经济自由、公平竞争，憎恨说谎、欺骗、偷盗。这些崇尚和憎恨与基督教义有着密切的关系，美国是一个崇信基督教的国度，而依据《圣经》的教义，说谎、欺骗、偷盗都属于“十戒”的内容。美国人的理想文化反映在独立宣言、人权法

案和美国宪法里。美国文化也是妥协的产物，是政治和经济集团的精英们的创造，他们希望世界通过这一文化了解美国和美国人民。注

一般认为，美国文化是从Frederick Jackson Turner在1893年美国历史学会芝加哥会议上发表的论文《边疆在美国历史中的意义》（《The Significance of the Frontier in American History》）中提出的“边疆说”理论开始的。其论文中提出，美国社会的发展是与向西部扩张同步的；在西进的运动中，美国人把荒野变成城市，从而改变了美国历史，所以，西部的经历就是美国人开拓史。正是这些开拓者们在西部边疆的艰难历程使得美国确立了独特的美国历史。但是，毋庸质疑的是，在美国文化创立、发展的过程中，也确实存在欧洲传统的强烈影响，尤其是英国的传统直接影响了美国的文化。而20世纪以后的美国人已经并不在意他们所继承的是英国传统还是其他传统，他们认为他们自己已经拥有完全属于自己的文化传统，至于说英国和其他欧洲国家的文化对美国的影响那只能是18—19世纪的事情了。但是，美国文化在骨子里还有着相当大的保守主义色彩。这个色彩表现最突出的时代，就是在18到19世纪西部边疆开拓时期，这些开拓边疆的美国人一直为保存和延续旧有的文化而奋斗，而不是去想建立一个新文化，只有极少数人去幻想改变旧有的生活方式。改变这种保守主义思潮的根本原因，是自17世纪开始的，至今仍未能停止下来的移民浪潮。美国是一个移民国家，在美国文化中不可避免地会溶入由移民构成的文化，而正是这种复杂的、来自于世界四面八方的移民文化对美国文化的不断的、持久的冲击，造成了美国文化中特有的多元的文化特性。

一般比较普遍的观点认为，美国移民可以分为5个时期：注

1、1607—1700年，以来自英格兰和威尔士的移民为主，他们带来的是美国的所谓主流文化——“盎格鲁—萨克逊白人新教徒”文化，即所谓WASP文化注。

2、1700—1775年，以来自英格兰、威尔士的移民为主，同时伴随着大量来自德国、苏格兰和爱尔兰的移民以及非洲黑人，那时，虽然

WASP文化仍然是美国文化的主流，但美国文化的成分已经开始复杂起来。其间不仅包含了原有的WASP文化，还包含了日尔曼、非洲等文化。

3、1820—1870年，以西北欧移民为主，包括大量的大不列颠人、爱尔兰人、德国人、荷兰人，与此同时，亚洲、加拿大和拉丁美洲人也开始移民美国。随着非英国裔人口的不断增加，非白人人口的扩大，新基督教人口的发展，美国原有的WASP文化已经发生动摇，其多元性已经初露端倪。

4、1870—1920年，以大量来自东欧、南欧的移民为主，伴随着来自西北欧斯勘第那维亚国家、亚洲国家、加拿大以及拉丁美洲国家的移民，美国的WASP文化的主流地位已经不复存在，多元文化已经形成。

5、1920年—20世纪70年代以来，以来自西欧、南欧、加拿大、亚洲国家的移民为主，同时还有拉丁美洲的一些移民，这时，美国文化多元性表现得更加突出，其内容也更加丰富。

以上的第一个时期为美国文化的婴幼儿期，第二个时期为美国文化的青年时期，第三、四、五个时期则可以看成为美国文化的成年人时期。而这三个成年期的一个共同特点就是美国文化逐渐从原有的单一性向多元性转化，在这个转化的过程中，始终存在着所谓“熔炉说”[注]和“多元说”的激烈争论。

就在赞格维尔发表《熔炉》剧本的时候，熔炉思想就遭到了一些人的反对。在反对者中既有白人民族主义者，也有主张多元化的人。所谓白人民族主义者，也称为本土主义者，他们认为，赞格维尔是要把自己这类不纯洁的人扔到美国“熔炉”中去纯洁一下，而不是要充实美国民族，因为美国民族早在18世纪就已经形成了。之后，一个叫亨利·普莱特·法尔柴尔德（Henry Pratt Fairchild）的人专门写了《熔炉的错误》一书，极力主张限制移民和美国未来社会要有一个优生总统，并警告美国人说外国人正在夺走美国人的灵魂。在反对熔炉理论的主张的多元化的

人的中，当时影响比较大的是一个犹太民族人物、著名哲学家霍勒斯·卡伦（Horace Kallen），他在1815年写了一篇《民主对熔炉的》论文，认为美国文化来自“马赛克”中的各个不同部分，每一部分都有自己的作用，就像一个管弦乐队，它需要不同的声音才能演奏出好听的音乐。他在文中用“乐队”取代了“熔炉”。卡伦被认为是最早主张多元化的人。

但是，当历史的车轮前进到20世纪70年代的时候，熔炉文化在美国已经失去了主导地位，取而代之的是文化多元主义。但是，“熔炉说”毕竟在美国文化界统治了200多年，它的巨大影响力是不容忽视的，至今仍有不少美国人仍然在继续支持熔炉说，并且希望它能够继续存在，成为美国文化的主流。直到20世纪90年代，还有学者认为，熔炉理论并没有死亡，它仍然可以在美国复活。因为这种熔炉式的同化，在欧洲移民身上已经发生了。他们认为，欧洲移民可以分为欧洲血统的老移民和1965年以后的欧洲新移民两种，前一种已经被熔化，后一种正在熔化。

有鉴于此，我们在研究美国文化时，首先应该从上述的美国熔炉文化开始研究。与这种文化相适应的美国法律文化，同样也具有其独到的特色。

美国的法律文化是美国文化的重要组成部分，它与英国法律文化有着不可分割的联系，尤其在法律体系上，与英国法律体系并称英美法系。虽然当今世界两大法系——英美法系和大陆法系正在日益接近，特别是20世纪以来，英美国家的成文法更是大量涌现，仅美国《联邦法典》每年新增加的法律、规章、条例就达8万多页，以至于不少领域，成文法成为了法律的主要渊源。但是，与大陆法系相比，英美法系仍以其鲜明的特征区别于大陆法系。其最主要的特征可以概括为以普通法为基础、严格遵循先例、突出法律人的“造法”作用、程序先于权利、内容琐碎庞杂等。[注]

尽管英美两国的法律体系有着密不可分的联系和相同之处，但就美国而言，其法律制度和法律文化的特质与英国相比仍有其独到的特征。

前面我们已经指出了美国文化所具有的6大特点，其中第3、第4、第5、第6条中所总结的“文化中过多地渗透着经济因素”、“个人利益至上”、“大众文化占据这主流地位”、“精英文化始终与大众文化并存”等特点，都直接影响了美国传统（建国至20世纪之前）法律文化的发展和所具有的特征。概括地讲，美国传统法律文化具有以下8个基本特征：

1、经济色彩浓厚的法律工具主义

在美国，法律不仅被认为是一个法律工具，而且还被特别赋予了浓厚的经济色彩。“在美国，法律适用和关于法律适用的争论与经济的增长这样交织在一起，以致其法律和经济的发展史密不可分”。(注)这种工具主义理论把法律作为一个获得实际目标的工具，以至于影响了诸如法律经济学派的出现。在美国这样的市场经济国家中，大多数法律以个人之间以及个人与经济实体之间私人关系安排的形式出现：合同、财产交易、捐赠和遗嘱等成为法律的生命之源，它们能激发起个人充分发挥其经济潜力。因此，正如美国人所说，在美国，法律主体具有企业家的性质。这里的企业家具有两个特点，一是在活动中积极创造财富的能力，二是承担相关的经济风险的能力，而法律正是他们充分发挥创造财富的能力和承担经济风险能力的可靠保障。因而，在美国，无论是司法还是立法，也无论是私法还是公法，都逐渐成为私人为寻求机会而加以利用的工具。这与欧洲大陆传统文化所认识的法律是为塑造政治权威而使用的工具的理念是完全不同的。因此，在美国，法律已经不是再作为一个为政治统治而设立的工具，而是一个为私人个体实现经济利益而设立的工具。其法律文化中浓厚的经济色彩的特点，也正是美国文化特征的具体体现。

2、司法中的个人至上原则

美国法律制度的一个重要特征就是法官在立法中所处的重要地位。

法官创制法律是美国法律文化的一个重要特征。遵循先例是英美法系的一个主要特征。但在美国，当无先例可循时，法官可以创造先例；即使在有先例的情况下，法官也可以通过区别的技术，对其进行扩大或限制性解释，从而发展先例中的规则。此外，制定法的适用也要受到解释的限制。因此，在美国，法律主要是法官司法活动的产物。因而，其法官的素质较高，只有大学毕业生才有资格进入培养法官的法学院学习。美国联邦法院系统的法官实行终身任职制，行政官员无权将其撤职或调离。美国的司法制度是“开放”的，当事人向法庭提出诉讼请求的权利是完全不被限制的。在美国，甚至有将法庭比作出售各种法律商品的超市，因为，它是一个可以寻求帮助的地方，它可以满足顾客的需要。而且，其提供的商品也是为顾客量身定做的。这时的法庭实际上是在向顾客兜售法律商品——裁判书，其所反映出来的既有个人至上的理念在内，也从另一个侧面反映了美国法律文化中的浓厚的经济色彩的一面，它的“被动的司法审判”制度，反映了法律的企业家模式。该模式是以自我为中心的众多企业家对利益的追求下的产物，它导致了最大多数人法律“福利”的最大化，此即“市场经济的司法等同体”。㊟

3、法律运用中的制衡机制

同美国的政治制度一样，美国的法律制度也同样反映出制衡机制的特性。美国法律制度并不完全由统治者来制定，而是为私人活动保留了很大的空间，它是针对私人利益来设定公共利益，在二者之间所构成的是一种明确的协商形式，体现出该制度设计的目的在于容纳各种利益，这种容纳的目的则在于制衡公共权力，即国家权力，而并非以公共权力来压制甚至打击私人利益。在美国，法庭作为代表私人利益的重要场所，其遵循的司法程序，通常也起着“准政治渠道”的功能，它开辟了私人利益通往政府领域的道路。所谓的“公法诉讼”模式就实现了私人方面的问题与公共政策问题的互动。同时，美国的司法制度也使法庭和政治制度间的关系得以平衡，有时，法庭对个别和私人问题的处理结果会与

现存的政治安排相抵触，但正是这种抵触，可能就是对政治决定的补充或者替换。例如20世纪60年代的民权运动中法庭所起的作用，就是民权运动充分利用了法庭，并且通过法庭达到了他们的目的。这种制衡机制充分反映了美国法律文化的特点。

4、程序法优于实体法

美国法律的要旨不是要宣告公民应当做什么；而是规定了一些程序，使得这样的安排具有约束力和强制力。其重程序的传统是以司法救济为出发点而设计的。这就意味着只有在权利义务关系的平衡被打破时法律才出面干预、救济，而在此前法律不关心权利和义务的具体分配。与大陆法系有比较统一的司法体系不同，美国的司法部和检察机关没有明确界限，司法部长兼任总检察长。在美国，诉讼程序的地位尤其突出，一些诉讼程序的原则，被明确地规定在宪法中。美国的诉讼程序也不统一。除了联邦法院与州法院适用不同的诉讼程序外，各州之间诉讼程序的差别也很大。因此，正当程序作为一项基本原则，为美国联邦宪法所确定，它强调诉讼程序，特别是将刑事诉讼方面的权利看成是一种宪法权利。如美国宪法前10条修正案中规定了10项有关刑事诉讼方面的权利，这些权利对联邦和州都有约束力。美国学者认为，正当程序不但体现了公平、正义、合理等基本观念，而且更是正义对法律程序的要求。因此，强调正当程序就是以公正作为价值取向。

5、法律制定的公开性和大众性

在美国，法律制定的每一个过程都是在各种形式的辩论中公开，“辩论已成为法律的主要特征”。美国人认为，辩论与讨价还价的性质是一样的，它们都是为了交易的正当性，而这种正当性在立法中也同样可以得到体现。因为，讨价还价分散了权力并缩短了公共事务和私人之间的距离，使得重要利益透明化，因此，讨价还价是完全正当的。它

所反映出的是一个信奉私人权利至上的思想境界，而不去考虑这一私权利是属于某一个人还是属于某一个集团。美国人认为，讨价还价不容易产生一个独断专行的决定，因为当事人在讨价还价中找到了一个可以接受的平衡量；而且一旦经过讨价还价之后达成协议，各方都可以获得便利，甚至还有可能通过协议获得更多的优势和好处。而讨价还价的主要形式就是对立法的公开辩论和大众对立法、司法的积极参与和关注。例如，当1863年美国实行强制兵役制度的时候，有一条款规定，被随机抽取的服役者只要愿意付300美元代替服役，就可以免除服兵役的义务。这种将军事服役变成一种私人性质的交易的规定，因受到广泛抵制和反对而未能生效，这件事件被看成是一桩“不成功的交易”，它也为以后划定何种交易可以成功何种交易不能成功之间的界线提供了可借鉴的先例。

6、法学教育的务实性

在美国，由于法律人的作用突出，特别是注重判例的特点，就要求法律人要具备良好的法律素质。而法学院对法律人才的法学教育就成为培养这些人才的重要途径。在19世纪中叶以前，美国的法学教育主要不是由大学承担，而是采取行会式的职业学徒制。从19世纪中叶开始，美国的法学教育获得了飞速的发展，废除了以前的学徒制，大学中的法律院系担负起培训未来法律职业者的任务。但美国大学的法律教育不同于欧洲大陆国家的法律教育：首先，美国大学的法律教育由建立于1878年的美国律师协会管理，其任务之一是对法律院系的课程设置提出建议，确定考试标准。其次，为了使学生能够胜任未来的法律职业教育，法律院系十分重视教授法律实务方面的知识，培养学生解决实际问题的能力，而不重视抽象的概念、原则和理论。更为重要的是，19世纪以前，美国的法学家都有从事法官或者律师的工作经历，他们探究的重点是如何解决实践中出现的法律问题，对理论原则不感兴趣。在美国，自1870年起，在哈佛大学法学院和院长兰德尔（Langdell，1826—1906）的主

张和努力下，发明了“判例教学法”，其基本思想是：在向学生讲述法律规则时，应联系实际判例，在讲授一个法律规则时，应参照其他规则对它的解释，只有结合判例前后的关系，才能对其进行批评性的讨论。正是在这种法学教育的模式下，美国出现了一大批代表“现实主义法学”的法学教授。在他们看来，从教科书的“书本规则”中学不到法律，只能从对“司法行为”即法院的实际所为的敏锐观察中学到法律。这种法学教育模式不仅影响了英美法系的国家，也影响到了大陆法系的国家。它也被看作美国法律文化中一个突出的特点。

7、民众有极强的权利观念

美国人之所以有极强的权利观念，这与他们的建国历史有密切的关系。美国人是在一片空白的新大陆上建立他们的国家的，他们自下而上地建立了自己的政治社会，他们将公民的权利视为天赋人权保留给他们自己。因为，他们觉得，他们已经得到的权利和利益，是他们的先辈和自己用生命换来的，任何想把它夺走的人和组织，都是他们的敌人，因此，权利对他们来说比生命还要重要。权利在美国人看来，既需要理性思考和立法的表达，又需要随着社会发展变化而不断地更新和积累。权利的是既定的，又是生成的。当立法机关或行政机构不能满足生成这种新型权利的要求时，美国人就会寻求法院判决的保障。判决书在他们的眼里，就是权利的保证书，他们和法律一样，是在自己的亲自参与和意志的运作下而达成的、与社会官员之间的权利分配方案，是一份权利契约。在这份契约里，权利的源泉、权利的享有和期待、权利的让渡和受制，都写的明明白白、清清楚楚。因此，捍卫这样的契约的神圣性，是他们的天职。

美国人认为，权利的要求会产生连带效应。一个权利往往是另一个权利之母，它们会在适当的环境和气候下，生生不息。因此，这也正是美国人都愿意通过法院来保护和实现自己权利的主要原因。在美国，人的权利是神圣的，不可侵犯的。

8、人民对法律有强烈的依赖感。

托克维尔说："美国人爱法律如父母"。法律渗透到美国生活的方方面面，每一个角落——不论是经济的、文化的、政治的、宗教的……，总之，所有人与人之间的关系只要能够道德化的，都可以法律化。因此，美国人异常地依赖法律，其最终表现即是通过诉讼来实现自己的意愿。这也是美国出现的所谓"诉讼爆炸"、"诉讼浪潮"的文化背景。

以上我们对美国的文化及其法律文化进行了一次简单的巡礼，下面，我们研究的是美国文化多元主义问题。

二、美国文化多元主义概述

以上我们探讨了美国在20世纪60年代以前的文化（包括法律文化）的特征。但是，自20世纪60年代以后，随着文化多元主义的兴起，美国的WASP文化遭受到了极大的挑战，经过近30年的变迁，WASP文化已经逐渐被一种新兴的文化多元论所替代，后者已经逐步取代前者并成为美国文化的主流。

（一）文化多元主义产生的历史背景和理论基础

作为一种社会与文化思潮，多元文化主义的产生有着它的社会历史背景和理论基础。就社会背景而言，多元文化主义与20世纪五六十年代的民权运动和20世纪七十年代以来的新移民群体有着密切的联系。随着由美国黑人率先掀起、其他少数民族迅速跟进的民权运动的发展，在美国逐步打破了诸多人为设置的种族隔离藩篱，为黑人争取到了公民权，而且还提高了在美国的黑人、亚裔人、拉丁裔人和印第安人的民族意

识，促使他们更加关注自己民族的文化特性。随着不同种族和族裔群体越来越多地倾向于从本种族和本族裔中寻找文化认同和文化身份，多元文化主义观念自然而然地应运而生，成为这些种族和族裔群体的斗争策略和奋斗目标。[注]与此同时，20世纪六十年代以来涌入美国的新移民群体也为多元文化主义的兴起和发展起了推波助澜的作用。据有关资料统计，1960至1990年的30年里，共有1600万新移民来到美国。这些来自拉美和亚洲地区的移民，极大地改变了美国的人口结构，使得少数民族群体愈益感受到自己民族人口的增长，从而产生了要求主流社会承认和提高他们政治、经济和文化地位的愿望。这种朴素的愿望提高到理性高度之后，便自然地与多元文化主义思想溶为一体。

多元文化主义的思想理论基础，主要有三个方面的内容。一是哈贝马斯的宪政民主思想；二是查尔斯·泰勒的"政治承认"；三是解构主义理论。哈贝马斯指出，仅仅由法律来提供平等保护仍不足于构成宪法民主；只有当人们把自己看作是法律制定者时，民主才可能在宪政政体里得到体现。这样，"权力系统就会既注意不平等的社会条件，又考虑文化差异。"[注]泰勒的"政治承认"源于他对自由民主政体的解释。一般来说，西方政治哲学家把自由民主政体归结成一条原则："把所有的人都看作是自由和平等的人"。不过，如何贯彻和执行这一原则，民主政体一直存在着两种观点。一种认为，当公民在社会运作问题上发生意见冲突时，政府应保持中立态度，不偏向任何一方。另一种认为，只要所有公民的权利得到保护，且没有一个人被迫接受某种价值观，那么政府就有权干预，提高某一社会群体的文化价值。泰勒认为第二种观点更民主，并由此提出其"政治承认"一说，即人的自我认识和社会身份与社会给予的政治承认有直接关系。当时的美国的主流社会确实没有给予妇女和少数民族政治上的承认，致使他们无法享受平等权利，陷于困境。解构主义对多元文化主义的影响，主要在于它否认建立共同思想文化标准的必要性。在解构主义看来，任何共同一致的标准，都是掌握政治权、占有话语权和控制社会资源的群体行使它们权力的面罩，因而是为社会强势群体服务的，社会边缘群体不仅无法从中受益，反而会成为它的受

害者。(注)由于多元文化主义所强调的，正是不同社会群体共处一个社会时的政治承认和文化权利问题，所以，解构主义对话语霸权和正统理论的挑战自然成了多元文化主义的重要理论武器。总而言之，哈贝马斯强调关注社会条件和文化差异的宪政民主思想，泰勒要求民主政体承认社会群体文化特性，解构主义强调社会强势群体应当拥有政治和文化话语霸权，这些思想为多元文化主义奠定了思想理论基础。

（二）多元文化主义的基本主张

美国的多元文化主义真正在美国开始流行应该是20世纪80—90年代的事情。《美国文化与思想史百科全书》解释多元文化主义：多元文化主义是用来描绘现实和思想及其活动的术语。多元文化（Multicultual）一词在1990年以前的词典中还没有出现。时至今日，美国学者对多元文化主义的定位还有许多不同的说法。因为，该理论涉及移民、人种、种族、宗教、语言、人口等诸多因素。因此，一些美国学者认为，所谓多元文化主要包括4个方面的内容：

1、人种和种族多元化

美国种族多元化的形成原因主要有3方面：一是在北美的征服行为，即对印第安人进行的驱赶和屠杀，然后将剩余的印第安人赶入保留地，从而形成了土著印第安人这个美国的少数人种。此外，在19世纪上半叶的领土扩张中吞并的墨西哥人，也成为一个少数民族。二是贩运和使用黑人奴隶，从而出现了非洲裔美国人这个少数民族。三是大量来自东方国家的移民及其形成的少数民族。前文已述，以英国裔人为核心的美国人曾力图将所有其他种族同化到WASP种族之中，用熔炉来维护WASP文化的统治地位。然而，随着移民和种族数量的不断增加，这种想法只能是一种幻想，种族多元化早在20世纪初已经成为不争的现实。

所以，在20世纪70年代，美国人对“熔炉说”更加怀疑，对多元种族的现实更加认可，出现了诸如《超越熔炉》、《WASP的衰落》和《不可熔化的种族的崛起》等论著。[注]

2、宗教信仰多元化

在20世纪50年代以来，在美国本土，基督教、天主教、犹太教为三大主流宗教，此外，伊斯兰教、佛教、印度教、道教、锡克教、神道教等亚洲移民信仰的宗教也在美国落地生根，还有摩门教等无数教派、宗派等组成的新兴的边缘基督宗教，土著印第安人的宗教信仰更是五花八门，均为土著传统信仰。除此而外，诸如天堂之门、戴维派等数以百计的邪教、宗教利益集团等更是层出不穷，不计其数，甚至随时随地都会出现一个新的教派。仅20世纪90年代初期的邪教活动就有425个。

美国宗教多元化的现象由来已久。早在殖民地时代，新教、圣公会、天主教、贵族派、归正派、路德派、犹太教等并存，已经形成了宗教多元化的态势，这也就是美国宪法第1条修正案做出宗教信仰自由和不确立国教的根本原因。随着19世纪大移民浪潮和20世纪种族多元化趋势的不断增强，最后终于形成了新教、天主教、犹太教三位一体的主流宗教，同时，其他边缘宗教也在不断发展的宗教的多元格局。到20世纪末，世界上所有的宗教组织都可以在美国找到安身之处。宗教多元化的结果，导致了宗教组织从20世纪初开始进入公共领域，到今天，“基督教联盟”等宗教组织在美国生活中发挥着越来越大的作用。他们不仅积极参加和干预法院对有关宗教案例的判决活动，并且还积极参加20世纪的人权运动。

3、文化教育多元化

美国的多元文化教育问题出现在20世纪60—70年代，但对其定义的理解却有很大差别。在《多元文化，上下文、过程和内容之间的关联问

题教师导读》一书的2001年版中，作者把多元文化教育定义为：第一，多元化教育是关于学生的学问，包括种族、性别、阶级、语言、宗教和各种特殊个人和文化群体的特殊影响，使学生成为多元的、相互关联的、多种文化和语言背景下的社会的公民；第二，多元文化教育是关于教师的学问，它同样包括种族、性别、阶级、语言、宗教和各种特殊个人和文化群体的特殊影响，确定了教师作为个人能够对学生的人生产生不同的影响；第三，多元文化教育是关于教育改革的学问，它包括复杂的文化、政治、社会、经济现实，也包括教育企业的各个方面，包括教育的过程和内容。多元文化教育注重实践，它要建立一种为教师教书和学生学习提供良好环境的教育体制，而实现教育的平等。现在，在美国，由于多元文化的盛行，从而引起了诸如我们美国人究竟是谁？我们美国到底想成为一个怎样的民族？我们和那些有着不同文化印记组成的新美国人怎样共同生活？等问题的讨论和学习。

4、性别问题认识多元化

性别问题主要包括女权问题和同性恋问题。美国女权运动肇始于1848年7月9日在纽约的“塞内加尔瀑布循道宗教堂”召开的反对妇女在法律、经济和社会上处于从属地位的会议。在19世纪70年代至1920年的50年中，美国妇女进行了大规模的争取选举权的斗争，其间，美国妇女还就戒酒、反对私刑、劳工立法和权利平等等问题进行了各种形式的斗争。虽然现在美国妇女的地位已经较之19世纪有了决定性的改变，但是男女同工不同酬、妇女就业比例远低于男人、在经济上不得不依赖男人等问题，仍然是美国社会难以解决的问题。

自20世纪中叶以来，同性恋问题已经成为美国社会的一个重大问题，要不要承认同性恋的合法性，不仅成为了一个道德问题，更成为了一个文化认识和种族平等问题，因为同性恋者认为他们是一种少数民族。现在，在美国，同性恋者遭受歧视，甚至被杀害的事情仍屡见不鲜。但是，随着美国同性恋者人数的增加，作为多元文化中性别多元化

的一个内容，他们受到歧视的现象可能会越来越少，直至最后得到解决。

总而言之，从思想体系出发，多元文化主义对社会现实提出的基本主张是：一方面指责政治权力中心，要求政府部门和社会机构对不同社会文化群体予以“政治承认”；另一方面指向话语权力中心，要求对历史、文学、哲学和政治领域的正统说法进行解构。这两方面的内容既广泛又复杂。这里的“承认”不是一般意义上的“承认”，而是指对少数民族、亚文化群体、弱势社会人群的“承认”，即承认他们的差异性，承认他们的平等地位，承认他们的平等参政权利。

在这些思想指导下，多元文化主义围绕少数民族和其他亚文化群体的“承认”和“平等”问题提出了种种要求。比如，在中小学教育方面，它要求实施双语教育，以“消除拉丁裔人语言障碍所造成的不利条件”，体现知识传授上的公平性。在大学招生方面，多元文化主义要求美国高校对黑人等社会弱势群体实行倾斜政策，以低于录取分数线的标准录取他们。除此之外，多元文化主义还要求高等院校和公司企业在人才录用政策上体现“承认”和“平等”精神。多元文化主义者指出，在美国教育界和商界里，白人男性占绝对主导地位，妇女和少数民族凤毛麟角。这种对社会弱势群体的“不承认”，显然是对他们的严重不公，是社会强势力量的霸权行为。他们认为，不改变这种状况，社会弱势群体将永无翻身之日，文化多元也将成为无稽之谈。基于这一认识，多元文化主义对“肯定性行动计划”极为支持，希望借助政府行政令和国会立法，让少数民族和妇女在就业、晋升、银行贷款和获取合同方面得到优先考虑。他们认为，只有通过这类政府介入强硬措施，弱势群体的不平等局面才有可能扭转过来。

可见，多元文化主义所要求的“承认”和“平等”不仅包括教育和商业领域，还包括许多其他社会和文化问题，如种族、性别、阶级、语言、教育、宗教、性倾向和残疾人等各方面的问题。就阶级而言，多元文化主义把社会一经济阶层看作是一个随着社会力量变化而不断组合的动态

阶级。

从上所述我们可以看出，多元文化主义是在现代社会人群关系日益复杂，人群流动日益频繁，人群交流日益增多的背景下，在美国出现的一个以关注外来移民和弱势群体为其主旨思想的民主主义文化思潮。其所反映的基本的法律精神就是“平等”，这种平等不仅包括公民的基本生活权利的平等，更包括政治、文化、教育、宗教等权利的平等。多元文化主义的思想和主张提出后，受到了非主流社会群体和相当一部分主流社会人群的积极反应，其影响很快在美国教育界、文化界和政治界传开。一时间，多元文化主义成了美国社会的热门话题，人们言必称“多元”，凡事皆“文化”，什么都“主义”，似乎任何问题、任何价值都可以用多元文化主义去解构一番，任何人都是“多元文化主义者”。

（三）多元文化主义的认定与反思

从WASP文化到熔炉文化，再到多元文化，是美国民族认同和文化发展的一个基本脉络。美国文化的发展其实就是一个从熔炉文化走向多元文化的过程。在这一过程中，有对熔炉文化的认定与否定，也有对多元文化的讨论与首肯。但发展到今天，熔炉并没有熄火，多元已成事实。因此，这个过程就是熔炉文化与多元文化的认定与反思的过程。注

从前文可知，早在熔炉文化占统治地位的时候，多元文化在美国就已经出现和存在了。在美国这样一个由移民组成的国家里，多元文化主义的兴起和发展，不但是一个历史的必然，同时也是一个历史的进步。它是在美国的少数民族，包括黑人、印第安人、亚裔人、拉丁美洲裔人、妇女长期斗争的成果和胜利。

综上所述，多元文化主义是近二十多年来活跃于美国学术界、教育界和政治界的一种政治和社会理论，对美国的传统信条提出了严峻的挑战，从而引起两种价值观的激烈交战。概括地说，这两种价值观的冲突

主要表现在下面三点。（1）传统信条认为，个人潜能的最大化是人活在这个世界上的最终目标，因此，包括政府在内的一切都必须为这一目标的实现服务；多元文化主义针锋相对地提出，人类不应把个人成就看成是人生的最终目标，而应以集体福祉作为人类的追求目标，所以，个人的自我实现不应成为衡量社会进步和经济发展的标尺。[注]（2）传统信条认为，自由社会里，政府的职能是制定相关的法律和政策，创造一个机会平等的环境，不对任何个人或团体偏倚；多元文化主义反驳道，政府的职责在于确保社会的公正和公民的平等。当某些社会群体因受歧视和排挤原因而无法享受平等机会时，政府必须干涉，让所有社会成员，尤其是弱势群体享受充分的平等权利。（3）传统信条认为，美国的政治理念和价值体系源于犹太－基督教和古希腊、罗马文明，美国的核心文化是WASP，它们是美国文明的基石，不容许任何人动摇它们；多元文化主义指出，这是一种典型的“欧洲白人中心论”，也是一种话语霸权的表现，既无视美国历来是多种族、多民族的事实，又抹杀了其他社会群体对美国文明的贡献。[注]为此，多元文化主义提出“差异政治”一说，不仅拒绝融入WASP主流文化，而且要求承认文化差异性的存在，并平等地对待这些差异。

但是，多元文化主义的这些理论不仅挑战了美国强势群体的威严，更加触动了美国主流文化的根基。由于美国少数民族人数增长快速，社会弱势群体政治意识不断增强，再加上20世纪60年代反主流文化思想至今仍“阴魂不散”，多元文化主义由理论转换为一种社会思潮之后，便在美国社会的各个领域产生反响，找到“知音”。不管是出于政治考虑还是出于社会正义，也不管是出于群体利益抑或是反叛心理，上至政府机构、公众舆论，下至草根社区、家庭学校，人们都大谈特谈多元文化主义，真有点言必称“多元”的味道。于是，什么东西都多元起来了：价值观多元起来了，道德标准多元起来了，生活方式多元起来了，授课语言多元起来了，婚姻形式多元起来了，家庭模式多元起来了，性行为多元起来了，等等等等，不一而足。面对这铺天盖地、来势凶猛的“多元主义”，笃信美国传统信条的保守主义势力感到十分忧虑和担心，他们认

为，再这样下去，美国的边界将被打开，所有想来美国的人都可以来；打破了一些固守传统思想的仍然在做着白人世界的“美国梦”的美国人的梦。他们试图与多元文化主义思想和理论相对抗，维护白人的长治久安。他们与多元文化主义格格不入：前者主张纯白人文化社会，后者主张多种文化共存。但是，无论如何，美国的多元文化主义已经得到美国主流的首肯和承认。

但是，围绕这两种理论的论争却始终存在，并且有越演越烈的趋势。其中论争最激烈、最主要的要数新保守主义与文化多元主义之间的斗争。

新保守主义出现于二战后不久，它之所以被叫作新保守主义主要是为了区别于传统上的老派保守主义。它主要由两股势力组成，一是视共产主义思想为不共戴天之敌的反共势力，二是视罗斯福“新政”为洪水猛兽的自由市场经济铁杆派。这两股势力尽管竭力兜售其思想，但在五十年代时期都不怎么得势，被当时的美国主流思想挤出门外。除了反共产主义思想的观念之外，传统观念也对新保守主义的兴起起了重要的作用。这些传统观念主要包括个人伦理道德、个人自我约束和个人理性思考，它强调回归基督教道德观和传统伦理观。他们认为，一个真正的保守主义者必须坚信先验道德秩序，相信社会的连续性，坚持精英主义，信守除了上帝和法律面前人人平等以外其他什么都不平等的原则。他特别强调年轻精英的人文教育，因为美国传统价值之“薪火”要靠他们来传递，他们企望用新保守主义的旗号来保卫美国传统文化价值。[注]

新保守主义的第一个攻击目标是多元文化主义在教育界掀起的一场教育革命。他们认为，多元文化主义在课程设置中砍掉西方经典，换上非经典及女性作品，是对美国传统精神的肢解，是对美国文化基础的破坏，是对美国文明的嘲弄。因此，要求抵制多元文化主义染指教育界，确保以WASP为代表的美国主流文化“江山不变”。[注]新保守派对多元文化主义攻击的第二个目标，是多元文化主义所强调的种族多元论。六十年代民权运动之后，美国少数民族意识普遍增强，出现了各民族对自己

民族文化追寻和认同的热潮。顺应此潮流，多元文化主义提出了“双承认理论”：承认种族差异和承认差异平等。在新保守派看来，“双承认理论”至少存在两大危险：一是要动摇盎格鲁－撒克逊为主体的社会精英领袖地位；二是威胁美利坚民族的凝聚力。保守主义“十大基本原则”中有“秩序”和“权威”两条，在新保守派看来，WASP价值观为美国社会“秩序”提供了最好的保障，其“权威”性不容置疑。如果实行多元文化主义所说的“种族多元论”，那美国将必然走向“种族多中心论”，WASP的“权威”将丧失，社会道德“秩序”将出现混乱，而美国本身则将因缺少核心文化价值观而加深种族分离，最终导致合众国的“分化瓦解”。新保守派坚持认为，西方社会及其支撑它的价值体系，“优越于所有其他社会及它们的价值体系”，因此，多元文化主义的主张不仅是多余的，而且是有害的。为了维护西方价值体系的优越地位，新保守主义要求坚决抵制“承认种族差异”和“承认差异平等”之类的“奇谈怪论”，确保以它为核心的“共同文化”之权威地位。新保守主义对多元文化主义反击的第三个目标，是多元文化主义内在逻辑引出的文化相对主义。多元文化主义的一大预设是，人类社会中的各种族、各民族、各群体迥异不同，但本质上大家只是存在差异，无优劣之分，孰优孰劣乃仁者见仁，智者见智。新保守派对此很不以为然，认为它人为地取消了价值标准，使人们作判断时无依据可寻，造成良莠不分，善恶不明。新保守派认为，多元文化主义中内含的这种文化相对主义危害极大，是当今美国社会问题和道德水平下滑的祸根。从大处上讲，文化相对主义要挑战以WASP为根基的美国价值体系，从小处上讲，它要改变美国人的生活方式。新保守主义对多元文化主义反击的第四个目标，是多元文化主义特别强调少数民族等社会弱势群体的文化平等权利。在新保守主义看来，由多元文化主义带来的所有问题，都源于人们信仰的失落和世俗欲望的膨胀。在美国，大多数保守主义者都倾向于强调犹太－基督教传统，认为真正的保守主义只能是建立在宗教社会责任感基础之上的。从这种宗教道德观出发，新保守派把美国的许多社会问题，如随意性堕胎、离婚率上升、单亲家庭增多、吸毒现象严重、同性恋婚姻和少女妈妈等现象，都归咎于自我

道德约束力的下降。尽管多元文化主义并没有提出无神论，也没有贬低宗教道德观的重要性，但由于它鼓吹承认和平等对待各种文化，主张生活方式的多元化（包括家庭模式和婚姻形式的多元化），再加上它支持女权主义、反对剥夺妇女的堕胎权，所以，新保守派对多元文化主义这种缺少宗教道德约束的主张和行为都予以痛击，指责它们违背犹太一基督教精神。为了“拨乱反正”，新保守派在谴责多元文化主义认同的种种行为之同时，还积极强调宗教回归的重要性。新保守主义者丹尼尔·贝尔曾直言不讳地指出，只有宗教才能恢复美国传统价值观。

除了上述四个方面之外，新保守主义对多元文化主义积极赞同并热情支持的“肯定性行动计划”、双语教育计划、“平等权利修正案”运动和“政治正确”主张也展开猛烈攻击，指责这些计划不是剥夺了他人的自由权利，导致“逆向性歧视”，就是降低了录取标准，造成教育质量下降；不是抹杀性别差异，引起家庭不稳，就是违反宪法精神，侵犯他人言论自由权。总之，对六十年代自由主义深感失望的新保守派，坚信反正统文化、女权主义、性革命、民权运动和其他社会文化思潮，已给美国带来一场文化浩劫。于是，他们冲杀进这场“文化战争”。先是假借七十年代尼克松带领的“沉默的大多数”，继而携手八十年代里根率领的“道德大多数”，新保守主义势力向任何有损于美国传统文化价值的思想和行为大举反击，猛烈进攻。由于此时的自由主义政治力量已退居守势，而多元文化主义力量风头正健，所以，新保守主义把攻击矛头对准多元文化主义，对其鼓吹的文化多元观念大加讨伐。两者之间在价值观上的论战，构成了近二十多年来美国两股社会文化思潮的大冲撞，即所谓的“文化战争”。于是，“红色美国”人和“蓝色美国”人带着各自的价值观参加2004年的美国总统选举，投选代表他们各自价值观念的总统候选人。这场“文化战争”的第一回合已见分晓：保守势力成功地把布什再次送入白宫。但是，美国现在仍处于“红色”和“蓝色”两极分化状态，“文化战争”还将继续。

至于如何看待这场“文化战争”的前景，我认为，从世界历史和文化发展的趋势来看，文化多元主义代表了世界发展的趋势，“越是民族的

就越是世界的”这一基本文化理念，可以成为这场战争的最后胜负的注脚。

三、美国的文化多元主义对法律文化的影响

（一）一国文化与法律文化的关系

法律文化就是社会观念形态、群体生活模式、社会规范和制度中有关法律的那一部分，即法律观念、法律心理、法律知识、法律经验、法律传统以及它们相关的法律制度和法律思想体系的部分内容的总和，还包括社会总体文化作用于法律而产生的法律文化总功能。[注]其基本特征为：一方面，法律文化是法律运行的基质与土壤；另一方面，法律本身就是一种文化形态。一切有关法律制度和法律概念的特征的问题都需要与产生法律的社会条件相联系来加以领会，在这种意义上，法律确是文化的一种表现形式。[注]法律制度中的继承制度、婚姻制度、甚至选举制度、议会制度等都与文化思维模式紧密相连。因此，一个国家文化的特性，必将影响其法律文化的特性，二者是紧密相连，不可分割的，即所谓文化是整体，法是部分，法是文化的命题中应有之义，法与文化不可分割，……法不过是一种特殊的文化现象。[注]

（二）多元文化与多元的法律文化

法律多元的思路许多法学家早有前论。蒂玛歇弗把国家法“和”社会法“分开”。[注]昂格尔认为法律有习惯法、官僚法和法律秩序三种。千叶

正士则把法律的三个层次概括成：官方法、非官方法和法律原理。[注]埃尔利希说法律有两种，一种是国家制定的，即“国家法”，另一种是“社会秩序”本身，即“活法”。

多元法律文化的概念的出现，最早是伴随着殖民文化而出现并发展而来的。18、19世纪的殖民时代，一些来到所谓“原始社会”（落后的殖民地）的人类学家发现一种多种文化以及相应的多种法律体系共存的状态。一方面，殖民者带来了现代西方文化和西方的法律制度，将之强加给殖民地人民；另一方面，殖民地人民并未完全接受强加给他们的文化和法律。在许多地方，殖民地人民仍然习惯于他们的法律文化，一旦发生了纠纷，他们并不借助于那些殖民者给他们带来的西方的，据说是更公正完美的法律制度，而更多的借助于被殖民者称之为“原始的”、“低级的”法律制度。这样，在这些殖民地或前殖民地国家就同时存在着并有效地运作着两种或几种完全不同的法律制制度[注]。正是从这里他们发现了法律多元。法律多元这个概念一俟发明就立即扩张出了它的发源地，率先延伸至所有力图“法治化”的法治外发型国家。在这样的国家利益方面政府有强烈的法治愿望，积极从西方引进“先进”的法律和法律制度，另一方面，民众在日常生活，处理争讼时并不买这些外国法的帐，依旧我行我素，依依不舍与自己所习惯的“本土法”，因此引起了许多思考、纷争，诸如法律的合法性问题，法治现代化道路之争等等。在此同时，西方学者还发现即使在现代西方发达资本主义社会中也普遍存在着法律的多元现象。因为这些国家也有历史，有外来的影响，有社会变革和法律，有文化的断裂和更新，有大量的移民等等。因此，在社会中实际上存在着文化的多元，这种文化的多元对社会的法律造成了深刻和广泛的影响。[注]如日本，古代受中国传统法律的影响非浅，在明治维新时代先后继受了法、德两国的法律，在二战后又深受美国法的影响，法律中诸多因素并存。即使是最典型的资本主义国家和法治国这种情况仍不可避免。

法人类学家摩尔在他的《作为过程的法律》（《Law as

Progress》）中举了个纽约服装行业中存在于国家法之外的规则的例子：不管服装业的“游戏规则”是合法的、非法的，还是不涉法的，不遵守它便会有惩罚：经济的损失，名誉和商誉的丧失，以至最后被逐出致富的大道。留在服装行业中获取成功的渴望诱导人们要遵守这些规则。可以做出这样的推断：至少有些法律规则的遵守与其说是出于国家直接的潜在强制的缘故，还不如说是出于一种强制和诱导——正是这种强制和诱导使得人们遵守社会领域中的非法律习俗。事实上，人们守法的压力可能来自于其所相关的若干社会环境。国家强制力的威胁远没有其他压制和诱导那么直接。[注]这种行业内的“游戏规则”正是国家法律之外的其他法律规则的体现，说明现代西方国家也不是由唯一一种国家制定法垄断了法律。所以法律多元主义可以宽泛地理解为“实在单一政治共同体中存在不同的法律制度或文化”。[注]

法律多元是我们值得关注和重视的问题。首先这可以挣脱一贯对于法律狭隘的形式主义的理解——仅视法律为国家的产物，仅仅研究国家正式颁布的法典和制度。”其次，不仅仅看到法律的形式方面，着力于文化，历史传统对于法律和法律运行产生的影响。总之，在极其深奥微妙的法律多元主义的社会学著作中，……常常勾设复杂的法律模式并能获得——从较为狭窄的角度观察所不能获得的——对各种各样规则的新的理解。[注]至于法律多元的具体内容，则各家的法学家又是见仁见智了，除了上文列举的昂格尔，千叶正士和埃尔利希的说法，更有统治法与从属法，国家的法与民众的法，国家法与民俗法，官方法与本地法等等。[注]

然而，更早的提出法律多元这一概念始于人类学的研究，特别是西方学者对非洲和拉丁美洲的部落居民的文化和法律的调查后产生的。[注]法人类学家马林诺夫斯基关于“原始法律强制力的性质是非常复杂和分散的……若以中央权威、法典、法庭和警察来界定法律强制力，我们必然会得出原始社会的法律不需要强制执行，它被人们自发地遵守着的结论”[注]和波斯皮斯尔的“任何一个社会都不是只有一个单独的、一致的法

律制度，社会中有多少次群体，就有多少法律制度”[注]的论点，对法律的论述中早已抛开了把法与统治者意志、国家强制力相联系的观点，直接和间接地承认了法律的多样性和多元性。

可见，法律的多元性现象不仅存在于原殖民地国家，也存在于目前发达的西方国家中。而且越来越成为一个法律思想界共同关注的话题。

（三）美国的文化多元主义对其法律文化的影响

由于文化多元主义和文化国际化趋势的深刻影响，就美国目前法律文化的现状来看，同样具有多元的法律文化的性质，20多年来文化多元主义的迅速蔓延，使得其对法律文化也产生了积极的影响。

1、法律思想空前活跃。

美国的法律思想发展历程，可以分为三个大的阶段：

第一个阶段，是美国独立战争时期和建国时期的法律思想。在这个阶段中，主要出现了华盛顿、杰弗逊、潘恩和汉密尔顿等法律思想家。他们的法律思想可以概括为：（1）建立联邦制共和国；（2）反对君主政体；（3）主张解放奴隶；（4）人民有权制定、修改宪法；（5）天赋权利；（6）分权与制衡理论；（7）法律稳定论；（8）法律制裁论，等。应该说，这些理论奠定了美国国家和法治理论基础，也是美国的立国理论，不仅实用，而且很有针对性，是极富特色的法律思想体系。

第二个阶段，是20世纪初，以庞德（1870—1964）创立的美国社会学法学（因为在欧洲还有一个欧洲社会学法学）和以卢维林（1892—1962）、弗兰克（1889—1957）为代表的美国现实主义法学为特征的现代法律思想体系。他们强调法律的社会作用和效果，提出法律是一种社

会工程，法律是实行社会控制的最有效工具，法律的渊源是人类知识和经验的集合体，否定法律的稳定性，把自然科学和生物学领域新兴的一些科学方法引入法学，等等，他们提出的这些法律思想，既是对西方法律思想的巨大贡献，也是对美国固有法律思想的批判和发展。

第三个阶段，是20世纪六、七十年代以来逐步形成的所谓的后现代法学流派。而后现代法学产生的背景和基本主张，恰恰与美国的文化多元主义有十分密切的联系，甚至可以说，美国后现代法学，在很大程度上，成为60年代兴起的文化多元主义的副产品。所谓后现代主义是在现代主义之后的思潮，体现了对现代主义的反思、解构和超越。[注]后现代主义的崛起，是与当时资本主义社会出现的认为地把理性同理性赖以存在的物质和社会基础割裂开来，把工业文明时代的社会生产方式和生活方式同大自然的内在平衡割裂开来，把意识的功利性目的与意识自身的局限性割裂开来的现实，以及当时思想界所提出来的这个世界究竟是资本的来世，还是马克思曾经预言的“一个阶级的最后挣扎”呢？人类进步的列车究竟将驶向何方？的疑问和强烈不满分不开的。而后现代主义哲学正是从“另类”的视角，对这一系列现象进行深层思考、解剖和提炼的结晶。而作为后现代主义哲学的派生物——后现代法学，则继承了后现代主义哲学的衣钵，以一种尖锐的理论主张，挑战主流法学思想，创立了自成一体的后现代法学。其兴起的背景主要是20世纪50、60年代美国民权运动的兴起、反歧视与逆向歧视的冲突，以及堕胎、同性恋等社会问题的尖锐化。其主要有种族批判法学、激进女权主义法学和法律与文学运动三大流派。其主要特征是怀疑、嘲讽和批判现代性法学的陈规、悖论，认同、探究、欢迎那些被现代法学所批判、抛弃的所谓“悖论”，主张多元视角，提倡知识考古学、系谱学学、解构等方法。总之，在后现代法学家们看来，20世纪的法律是一个建构于真理主义、中立性、普遍性和合法性等法哲学概念之上的实践。这些概念与西方文化传统中心论和至上论行影相随、不可分割。在这样一种文化一元论话语霸权中，“我们经历着碎片化的社会生活。我们生于一个多样化和多元的世界中，生活于边缘的小人物呼唤多样化世界观和人生观的世界”。[注]作

为西方世界中第一位的超级大国，美国的建国历史虽然不长，但是历史包袱却十分沉重：妇女地位、少数种族的平等对待、同性恋、吸毒、犯罪等问题一直是困扰美国政体合法性的“毒瘤”，加之不断的对外战争、大学生校园造反运动、民权运动、性解放运动等，使得美国成为了各种思潮争鸣的沃土。特别是随着文化多元主义的盛行，后现代法学、批判法学等法律思想，如雨后春笋般出生、发展、壮大，形成了百家争鸣的生动局面。这些思想的影响力，已经大大超越了前代所有的法律思想，因为，如今先进、多元的传播手段，多元文化精神的影响，都为当代思想的迅速传播创造了良好的条件和环境。

2、平等、公正越来越成为大众基本的法律观念。

从法律文化上来说，自20世纪60年代以来，伴随着美国文化多元主义的盛行和发展，在美国民众的法律意识和文化中，对平等、公平观念又有了一个新的认识和飞跃。种族平等、性别平等、文化平等等崭新观念已经开始或已经深入人心。原来所坚守的所谓除了在上帝和法律面前人人平等以外，其他各方面均不存在平等的旧传统，已经逐渐被人们所抛弃。而这恰恰是美国法律文化能够得以发展的基本要素。前文中关于文化多元主义的论述中已经提及该问题，这里不再赘言。

3、司法改革朝着愈加开放、灵活的方向发展。

20世纪以来，特别是70年代以来，美国的司法改革浪潮风起云涌。改革的焦点是改革当事人诉讼模式，这个曾经是普通法民事诉讼标志的模式。这种诉讼模式的主要缺点是诉讼费用高昂、诉讼周期过长。其改革的目标就是要强调各方当事人和律师之间的“合作、公正和对事实的尊重”，即律师和法官应接受一种全新的司法争端解决理念，当事人之间多一些坦诚，少一些对抗，同时考虑诉讼成本、他人权利和公共利益等相关因素，直至向法院职权主义模式转化。(注)

美国率先推行了管理型法官制度，特别是针对复杂的诉讼及消费者权益纠纷、人权案件、反托拉斯诉讼等。其基本特征是法官职权扩张，以避免当事人及其律师为了诉讼策略和诉讼技巧上的考虑对诉讼程序的操纵和故意拖延诉讼进程。这也反映了美国法律文化的多元性的特点。因为，这种司法改革是在借鉴了德国等大陆法系国家的司法原则来改革的，由过去一味地强调程序的重要，转而强调诉讼的目的旨在查明事实真相，像德国等国家一样支持法官在民事诉讼程序中发挥更大的作用。

同时，美国近年来的民事诉讼改革也特别关注法律援助问题，努力解决经济能力不同的当事人在司法上平等权，以保障实质性正义的实现。美国人逐渐认识到，诉讼虽然是解决纠纷的最终手段，却也并不一定是冲突衡平的在最优选择，因此应充分关注纠纷的解决效果，重视可选择争议解决方式和诉前纠纷衡平机制。[注]

4、立法上重视对民权、性别的平等保护，先后公布了一系列重要的成文法案。

在民权运动高涨的背景下，1964年通过的《民权法案》，包含了禁止性别歧视的内容，最高法院也在判决中积极实施该法案。如1971年里德诉里德案中，在关于本案的法院意见书中否定了爱达荷州的做法——在选择财产管理者时男性比女性有优先权，并称其为“荒谬的”。1996年最高法院否定了弗吉尼亚军事学院一直以来只招男性的状况。鲁思·巴德·金斯伯格大法官判定，对于此类性别隔离，弗吉尼亚没有出示法律所要求的“极其令人信服的理由”。[注]

1965年通过的《选举权法》以及其后国会通过的一系列修正案，旨在敦促各州增加非洲裔美国人以及其他种族歧视的受害者选举获胜的可能性。在1995年乔亚米勒诉约翰逊案中，最高法院判定，在划分选区时，种族不能成为“主要”的考虑因素。

事实证明，这些法案虽然对于缓解美国种族和性别歧视现象起到过

一定的积极作用，但从根本上解决美国存在的这些问题，还有很长的路要走。但是，无论怎么说，这些法案的历史作用还是不能简单地一笔抹杀的。

四、对我们的几点启示

1、法律文化是一个民族文化的重要组成部分，它会影响国家的立法、司法的进程。

每个国家/民族都有一种法律文化，法律文化能够描述某一整体法律体系的潜在的特征——其主流观念、品位与风格。每一个国家或社会都有它自己的法律文化，而且没有任何两个是完全相似的。法律文化并非一个单一概念，它标示了对于文化层次和文化畛域的一种巨大的、多层面的概括，而且文化层次和畛域的内容、范围、影响在国家法律体系、制度建设和实践中的作用，是其他领域所不可替代的。特别是公民的法律意识，政府的法治观念是由一个国家、民族的法律文化的先进与否，公民法律文化的程度高低，紧密相连的。目前我国一些比较敏感的问题，如法院执行难问题的解决，恶意诉讼问题，腐败问题，公民守法问题，交通肇事、交通逃逸、安全生产问题，等等，都与法律文化建设有着必然的联系。一个民族法律文化程度的高低，直接影响其法治的进程。因此，加强对我国现行社会条件下的法律文化的特点、内容、优势的研究，培养公民先进的法律文化素质，提高公民的法律文化素养，是提高公民综合素质的系统工程中十分重要的一环，应当引起我们的高度重视。

2、法律文化是一个不断更新、发展的过程，需要与时俱进。

美国作为普通法的典范，在20世纪中叶以前将其法律制度、法律文化作为一种先进的现代文明向世界各地兜售，而近几十年来，却不断反思，不断自我攻击，自我揭露，自我否定，不断扬弃，不断变化、取长补短。这是一种务实的、进取的文化和精神，应当引起我们的重视。从世界范围来看，两大法系在立法技术上也不断地融合，不断的相互借鉴，进而得以不断的发展。我国作为正在兴起的发展中国家，急需建立一个开放的、科学的法律体系，应当不断进行自我反思，不断扬弃现有的法律制度和法律文化，使我国的法治建设不断发展、前进。

3、法律文化的多元化不仅是美国的经验，同样也应该是其他国家的方向。

法律文化多元化是世界发展的趋势。它对于我国同样是一个十分严峻的问题。如何对待外国法律文化的影响和侵蚀，如何建立和发展具有我国自己特色的法律文化，都是我们应当认真考虑的问题。例如，在对待民间法的问题上，我们应该多从法律文化的多元性方面去考虑，关注它的可行性和科学性的一面，既为丰富我国的法律渊源，也要为我国立法和司法工作开创一个崭新的局面。

4、我国法律文化的培植目标，应当以提高公民对于法律的强烈的尊重感和较强的权利观念为重点，要培养一种以守法为荣，以违法为耻；以尊重权利为荣，以侵害（损害）权利为耻的社会风尚。真正走向权利与法治的时代！

（原载于《全国外国法制史研究会第十九届年会会议论文集》。此文后被摘登于何勤华主编：《多元的法律文化》，法律出版社2007年9月版）

---

1. Larry L. Naylor, American Culture----Myth and Reality of a Culture of Diversity, Bergin& Garvey, Westport, Connecticut, London, 1998, p.1、p.17.
2. Larry L. Naylor, American Culture----Myth and Reality of a Culture of Diversity, Bergin& Garvey, Westport, Connecticut, London, 1998, p.1、p.17.
3. 董小川：《美国文化概论》，人民出版社1月第1版，第16—17页。
4. WASP是英文White Anglo-Saxon Protestant的缩写，意思为“盎格鲁—萨克逊白人新教徒”，其含义是指美国人认定自己的民族是以白人、英裔人、新教徒这3个特征为标志的，该文化是美国的主流文化。其基本特点是：以英语为主要交流工具，以白人为主体，以英裔人为多数，以基督教为住宗教信仰。因此，人们说，美国文化就是WASP文化，美利坚民族是WASP民族。
5. 熔炉理论系18世纪法国移民H·圣约翰·德克雷弗柯（Hector St. John de Crevecoeur）提出的思想。他在1782年《一个美国农民的来信》中就使用了“熔化”（melted）这个词。他认为，美国是一个多民族的人在拥有了共同的思想、意识、观点、信念和忠诚以后形成的“一个新民族”。这种说法在19世纪得到广泛的认可。正式使用“熔炉”（Melting Pot）这个词是从美国犹太作家以色列·赞格维尔（Israel Zangwill）1908年的戏剧《熔炉》开始的，自此以后，该词被广泛接受和使用。该剧描写了一个俄国移民在美国与一个英国移民的爱情故事。该剧中有这样的台词：“多么伟大的熔炉——听！难道你没有听到她那美妙而洪亮的声音？数以千计的人从遥远的天际来到美国的港口……——多么伟大的冶炼家把他们放在净化的火焰上冶炼，使他们溶入这个人类的共和国和上帝的王国。……这里是所有民族和种族生活和发展的地方。”赞格维尔关于“熔炉”的描述在美国人心目中留下了极为深刻的印象。
6. 参见钱弘道：《英美法讲座》，清华大学出版社2004年10月第1版，第5讲“英美法系的主要特征”的有关内容。
7. 参见[意]D·奈尔肯编：《比较法律文化论》，高鸿钧、沈明等译，清华大学出版社2003年10月第1版，第233—234页。
8. 参见[意]D·奈尔肯编：《比较法律文化论》，高鸿钧、沈明等译，清华大学出版社2003年10月第1版，第245页。
9. 王希：《多元文化主义的起源、实践与局限性》，载《美国研究》，2000年第二期，第45页。
10. Jurgen Habermas, “Struggle for Recognition in the Democratic Constitutional State”, in Amy Gutmann, ed., Multiculturalism (New Jersey: Princeton university Press, 1994), p.113.
11. Amy Gutmann, “Relativism, Deconstruction, and the Curriculum”, in John Arthur and Amy Shapiro, ed., Campus Wars: Multiculturalism and The politics of Difference (San Francisco: Westview Press, 1995), p. 61.
12. Nathan Glazer and Daniel Partrick Moynihan, Beyond the Melting Pot, Cambridge: MIT

Press,1970;Peter Schrage, The Decline of the WASP, New York: Simon and Schster, 1971; Michael Novak, The Rise of the Unmeltable Ethnics, New York: Macmillan,1971.参见董小川：《美国文化概论》，人民出版社1月第1版，第52页。

13. 董小川：《美国文化概论》，人民出版社1月第1版，第69—70页。

14. K.J. Milich and J.M. Peck, ed., Multiculturalism in Transit: A German-American Exchange (New York: Berghahn, 1998), pp. 48-53.

15. Joe L. Kincheloe and Shirley R. Steinberg, Changing Multiculturalism, pp. 169-229.

16. Charles W. Dunn and J. David Woodard, Conservative Tradition in America (Maryland: Rowman &Littlefield Publisher, revised edition, 2003), pp. 3-5.

17. Allan Bloom, The Closing of the American Mind (New York: Simon & Schuster, 1987), pp.344-346.

18. 刘学灵：《论法律文化》，载李楯编：《法律社会学》，中国政法大学出版社1999年版，第130页。

19. [英]科特威尔，《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第27页。

20. 参见梁治平《比较法与比较文化》，载《读书》，1985年第9期，转引自刘作翔：《法律文化理论》第90页。

21. 参见[英]科特威尔，《法律社会学导论》，第45页。

22. [日]千叶正士：《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》，强事功等译，中国政法大学出版社1997年版，第9页。

23. 赵震江主编：《法律社会学》，第365页。另参见苏力：《法治及其本土资源》，第49－50页。

24. 赵震江主编：《法律社会学》，第366页。

25. S.F.Moore，Law as Process，Routledge &Kegan Paul，1978，pp.55－56.

26. 美]弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第229页。

27. 英]科特威尔：《法律社会学导论》，第46页。

28. 参见田成有：《法律社会学的学理与运用》，第61页以下。

29. 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第49页。另参见赵震江（主编），《法律社会学》，第365页。

30. [英]马林诺夫斯基：《原始社会的犯罪与习俗》，原江译，云南人民出版社2002年版，第6页。

31. 参见田成有：《法律社会学的学理与运用》，第61页。

32. 高中：《后现代法学思潮》，法律出版社2005年10月第1版，第7页。

33. 同上第26页。

34. 李响、陆文婷：《美国集团诉讼制度与文化》，武汉大学出版社2005年4月第1版，第265—266页。

35. 同上第267页。

36. 参见罗伯特·麦克洛斯基著：《美国最高法院》，任东来、孙雯、胡晓进译，中国政法大学出版社2005年8月第1版，第199页。

中国改革开放三十年法学的重大论争之回顾及启示

目录

2008年是中共中央十一届三中全会胜利召开三十周年，也是中国吹响改革开放号角的第三十个年头。三十年来，中国在各个领域都取得了举世瞩目的成就。在法学领域中国同样赢得了世界的瞩目和尊敬。经过中国法学界和法律界三十年的艰苦、不懈的努力，现在中国已经初步形

成了具有中国特色的社会主义性质的法律体系和法学体系。在这个艰巨的历程中，中国法学界曾经围绕法学理论中一些重大和基本问题展开了激烈地论争，取得了重大的成果，直接有力地推进了中国法学事业的蓬勃发展。现在，我们认真总结和回顾走过的这一段历史轨迹，对中国今后法学理论的进一步发展，必将起到积极的推动作用。这也就是本文写作的根本目的。

本文将对中国三十年来中国法学界几次重大理论论争的过程和内容进行一个系统地梳理，并且试图从中总结出一些对我们有益的宝贵经验，以期有益于我们法学事业的发展。

一、改革开放以来法学界九次重大论争的基本过程及情况概述

（一）法的本质的论争

1.论争经过

早在20世纪五六十年代，中国法学界就曾开展过关于我国社会主义阶段法的性质和作用问题的讨论。当时，人们已经开始感到，马克思主义关于法的一般概念的论述，已远远不能反映社会主义法的本质和特征，不能区分社会主义法和资本主义法的根本不同。1956年，《华东政法学报》第3期发表了杨兆龙的《法律的阶级性和继承性》一文，首先提出“并非一切法都有阶级性”的观点。接着，上海和北京的一些学术刊物、学术团体、高等法律院校相继举行了讨论会或发表了一系列讨论文章。不过，由于当时人们对中国社会阶级结构的变化和政治形势的认识不够清楚，尤其是受“左”的思潮的影响，对于中国社会主义法的性质的

认识也只停留在“是工人阶级意志的反映”和“阶级专政的工具”方面。后来随着反右派斗争的开展，这场学术争鸣被迫中途停止。㊟

1978年中共十一届三中全会以后，法学界的一部分学者冲破禁区，试图以科学的态度来研究一些重大的法学理论问题，其中首当其冲的就是关于法的本质问题的论争。由此开始了长达十多年的关于法的本质问题的探索与争鸣。这次争鸣大体上经历了以下三个阶段：

第一阶段，从1980年至1982年，以法是否具有社会性展开讨论。这一时期最早引起法的本质问题争论的是周凤举发表于1980年第1期《法学研究》的《法是阶级斗争工具吗？——兼论法的社会性》（以下简称“周文”）一文，在文中，作者率先提出了法具有社会性的观点。同年，《法学研究》连续发表文章，并开辟专栏，对此进行探讨。主要有中国社会科学院法学研究所的刘瀚和吴大英的《也谈法的阶级性》（《法学研究》1980年第3期），唐琼瑶的《再谈社会主义法的阶级性》，张居芳的《法的阶级性与社会性》，武步云的《试论社会主义法律的阶级性和客观性》及张光博的《论法的阶级性》（《法学研究》1981年第2期），孙国华、朱景文的《试论法的阶级性和社会性》（《法学研究》1982年第4期）等文章。1981年，上海的《社联通讯》1月号发表高呈祥的《法的概念应重新认识》，6月号发表修义庭的《法的阶级性和物质性》，7月号又连续发表了齐乃宽的《也谈“法的概念应重新认识”》、高呈祥的《法的阶阶级性、人民性及其他》等文章，随即引发了京沪及全国各地法学工作者的研究热情。

第二阶段，1983年至1985年。这一时期提出共同性的观点。主要文章有万斌、倪建民的《法的共同性初探》（1983年上海《社会科学》），于浩成的《论法的阶级性和社会性》，扶摇的《也论法的阶级性与社会性》，尤俊意的《法的本质是什么？》（《法学杂志》1984年第1、3、5期），沈国明的《评“法的共同性”》（《政治与法律》1984年第1期），齐乃宽的《论法的本质属性及其特征》（《政治与法律》1984年第6期）。1984年10月，上海社会科学院法学研究所召开华东七

省市的学术讨论会，在其主办的《政治与法律》上连续刊登了就法的阶级性和社会性反复进行商榷的文章，与北京的争鸣遥相呼应，使争论的高潮此起彼伏。论战进入了第二次高潮。

第三阶段，1985年至1988年。围绕着法的本质，法学界开始重新审视法理学的体系问题。1985年6月和8月中国法学会和北京市法学基础理论研究会分别在庐山和北京召开学术讨论会，以《法学杂志》和上海的《社会科学》为代表，全国学术刊物及《人民日报》、《光明日报》、《中国法制报》等报刊连续刊登了关于法的阶级性和社会性等方面的讨论文章。

1986年年10月，经四位著名学者倡议，由全国十五所高等法学院校联合发起的《中国社会主义法制建设的理论与实践学术研讨会》在江苏吴县举行了首次会议，就法的本质属性进行了全方位的探讨。1987年初，群众出版社汇编出版了《关于法的阶级性和社会性问题讨论集》，对法的阶级性和社会性问题的讨论作了一个初步的总结。

这一时期的主要文章有：张宗厚的《对法的三个基本概念的质疑》（《法学》（1986年第1期），程筱鹤、王启富、任中杰的《对当前有关法的基本属性几种观点的商榷》（《法学季刊》1986年第1期）、《人民日报》1986年3月31日发表的《法理学理论要更新——张友渔同张宗厚一席谈》，殷勇的《论法的超阶级性》(《法学研究》1986年第4期，蒋兆康的《关于法的本质属性的思考》（《法学研究》1986年第6期），张宗厚的《略论法的概念和法的质的规定性》（《法学研究》1986年第6期），熊继宁的《法的本质是社会性和阶级性的统一》（《法学》1986年第2期），舒国滢的《对法概念执政的思考》，田培炎、董开军的《也谈法的本质和概念》（《法学研究》1987年第4期）及张宗厚的《法学理论必须变革和更新》和郭宇昭的《法的基本概念的再探讨》等《中国法学》1988年连续刊发的六篇文章。

2.论争的主要内容

这次论争的焦点问题是法的本质问题。由于对法的起源与消亡问题及对本质属性、阶级性社社会性及共同性等概念的不同主张和理解，就形成了对法的本质的种种不同意见。学者们提出了诸如法是不是阶级社会特有的现象，法的继承性，法的多种属性（如社会性、阶级性、客观规律性、国家意志性、科学性、探索性、程序的特殊性以及一般法所具有的普遍性、强制性、规范性、稳定性等等）问题。但这些不同意见的存在基础，大体上可归为一点，那就是对法的阶级性和社会性的看法，是承认法的阶级性，还是承认法的社会性，还是认为是阶级性和社会性的统一。围绕着这一核心问题学者们展开了争鸣。其代表性的观点有如下几种：

（1）法的本质属性是阶级性

他们认为，法的本质属性是阶级性，这一观点是符合马克思主义对法的认识的。当然，法还有以国家强制力为后盾的特殊的强制性及由国家制定或认可的人们的特殊的规范性。其他诸如法的社会性、稳定性、权威性则是由上述法的基本属性所决定的更广泛意义上的属性，只不过处于从属地位。他们认为，上述观点既符合马克思主义所揭示的关于法的本质的原理，又符合人类社会历史发展的实际情况；既能清楚明确阐发这一社会历史现象的产生、发展、消亡的规律，又能在我国现阶段的社会政治、经济以及阶级、阶层或利益集团等实际情况中找到事实根据。(注)

（2）法的本质是社会性

该观点认为，法不是阶级社会所特有的现象，法的产生与阶级无关。法虽然有强制性、规范性，但这并不是法的普遍的、基本的属性。一味坚持法的阶级性，把法单纯看称是阶级斗争的工具，会给我们带来许多问题：过分夸大法的政治性，在很大程度抹煞了法的科学性；为司法实践中的执法不严、破坏法制提供了理论根据；严重破坏了法律面前人人平等的原则，为一部分人搞特权，凌驾于法律之上提供了借口。(注)

（3）法的本质是阶级性和社会性或共同性的统一

该观点认为，事物的属性首先是在和它事物的区别中表现出来的。所谓法的社会性，是相对于法的阶级性而言的，而在讲谈法的阶级性时，是相对于法的社会性而言的。从认识论的观点看，社会性和阶级性是不可分割的统一体。法的社会性和法的阶级性是人们为了认识法的本质而使用的一对范畴，两者互相依存，互相贯通，二者的统一，才构成法的本质，单独主张一方面都是不完整的。[注]

此外，还有人提出法的特殊本质在于社会性、强制性、规范性三个联为一体的质的规定性。该观点认为，要认清法的本质，需要从多个角度进行观观察。仅仅一个阶级性，或加上一个社会性，都不足以让我们把法这种现象从其他诸多现象中分离出来。[注]。有人认为法的本质是阶级性、强制性、规范性的统一。[注]还有学者把法的超阶级性概括为法所具有的反映客观规律、反映全体社会成员共同生活和生产的一般需求、保障一般社会公共秩序的特性。[注]

此次论争使得法学界和法律界对于法的本质问题愈加有了更为明确和科学的认识。虽然直至如今关于法的本质属性的认识在学术界仍然有很大分歧，但是，关于法具有社会性与阶级性的统一，并且从法的未来发展看，法的阶级性在深广两个方面将逐渐缩小与减弱，而法的社会性则不断扩展并在各个领域逐步取代法的阶级性的观点，[注]已经逐渐获得学界比较一致的认同。

（二）法律面前人人平等的论争

“法律面前人人平等”的口号，是资产阶级在反对封建主义的斗争中提出来的。这一法律思想在新中国首次确立的标志是1954年《中华人民共和国宪法》的颁布，从中共十一届三中全会至二十世纪九十年代初这一阶段，“法律面前人人平等”的思想在党和国家的法律文件中重新得以

确立，而且在理论界展开了大讨论。

这次讨论的核心内容是关于“法律面前人人平等”是立法原则还是司法原则，以及其所包含的内容。

中共十一届三中全会公报中指出：“要保证人民在自己的法律面前人人平等，不允许任何人有超越法律之上的特权。”以此为契机，在20世纪七十年代末到八十年代初，中国法学界对“法律面前人人平等”问题展开了广泛而深刻的大讨论，提出了种种不同的看法。1981年，中国社会科学院法学研究所还专门搜集了部分论文，结集出版了《论法律面前人人平等》。在这次讨论中，围绕“立法是否人人平等”这一争论的焦点，基本形成了两种观点。一种观点认为，“法律面前人人平等”应当包括立法方面的平等，它既是司法原则，又是立法原则。持这一观点的学者从立法与司法的关系出发，认为法律的适用是以法律制定即立法为前提的，没有立法上的人人平等，就不会有司法的人人平等。因此，“法律面前人人平等”应当反映在立法、司法、执法、守法的各个方面。因此，学者们认为，既然立法和司法是一致的，不能脱节的，那么，“法律面前人人平等”就应当一致适用于立法和司法方面，无论是奴隶社会、封建社会、资产阶级社会还是社会主义社会的法都是如此。[注]另一种观点则认为，“法律面前人人平等”，专指司法上的平等，不应当包括立法上的平等。

在这次大讨论中，学者们还对法律面前人人平等的四种提法在内容上是否一致产生了分歧。这四种提法是：“法律面前人人平等”、“公民在法律上一律平”、“公民在适用法律上一律平等”、“人民在自己的法律面前人人平等”。

对这四种提法，有些学者认为，“公民在法律上一律平等”，也就是“人民在自己的法律面前人人平等”，其真实的内容就是要求任何公民都要严格遵守法律，享受宪法和法律规定的权利，履行法律规定的义务；任何人触犯法律，都必须毫无例外地受到法律的制裁。因此，这四种提法虽然文字稍有不同，但内容完全是一致的。但是，也有一些学者

认为，“人民在自己的法律面前人人平等”这一提法并不确切，正确的提法应当是“公民在法律面前一律平等”。另外也有学者反对“公民在法律面前一律平等”的说法，认为只有“法律面前人人平等”这一提法才可以作为司法的原则。他们认为，“公民在法律面前一律平等”的提法排除了居住在本国的外国人和那些被剥夺了政治权利的人，但是事实上，这些人在实践中是适用所在国法律的，并受所在国法律保护的。而对于“人民在自己的法律面前一律平等”，他们认为只能在一定的范围内有限地适用。

从这次讨论的结果来看，学者们对这四种不同提法最终还是达成了基本一致的观点。也就是说，“法律面前人人平等”已被普遍认为是法理上约定俗成的通用提法，是指法律既在情况下的人人平等，不包含立法平等的意思。而“公民在法律上一律平等”则是宪法的规定，在指享有平等权利、承担平等义务的主体时，用“公民”一词更加准确清楚。对于“公民在适用法律上一律平等”的提法，多数学者认为它实质上是宪法规定的“公民在法律上一律平等”原则的具体化，两者完全一致。但是，对于“人民在自己的法律面前人人平等”一说，则认为是一种号召，号召人民自觉地遵守自己制定的法律，严格执行自己制定的法律。

通过这次讨论，无论是理论界还是司法界，对“人民”和“公民”的概念，对法的平等性和阶级性的关系等一系列基本问题有了一个深入且一致的理解，为我国的法制建设奠定了坚实的理论基础。

在这一阶段，“法律面前人人平等”的法律思想被广泛地规定于宪法和法律之中。在1982年的《宪法》中，不仅在第33条中明确规定：“中华人民共和国的公民在法律面前一律平等”，而且还突出地强调了公民的基本权利的重要性，将“公民基本权利和义务”一章放置于第一章“总纲”之后，并由1954年宪法的14条增加到了18条，充分反映了立法在公民权利与国家机构之间的价值取向。这部《宪法》还有一个突出的特点，那就是特别强调公民基本权利义务的平等性和一致性。在第33条第3款中明确规定：任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行

宪法和法律规定的义务。此外，在这一时期颁布的《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法通则》等法律中，都对“法律面前人人平等”作了明确规定。

进入九十年代后，学术界和实务界对“法律面前人人平等”的理解达到了基本的统一。“法律面前人人平等”的思想深入人心。法学理论界一般认为，为宪法所确认的“公民在法律面前人人平等”这一规定的含义主要体现在法律内容（公民权利义务）上的平等、法律适用上的平等、公民遵守法律上的平等三个方面，即三个层次：一是任何公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都一律平等地享有宪法和法律规定的权利，也都平等地履行宪法和法律规定的义务；二是任何人的合法权利都一律平等地受到保护，对违法行为一律依法予以追究，决不允许任何违法犯罪分子逍遥法外；三是在法律面前不允许任何公民享有法律以外的特权，任何人不得强制任何公民承担法律以外的义务，不得使公民受到法律以外的处罚。

在此理论的指导下，1992年召开的中共第十四次全国代表大会上，提出了要“建立和完善社会主义市场经济体制”，1993年在第八届全国人民代表大会上，“建立和完善社会主义市场经济体制”和“依法治国，建设社会主义法治国家”被写入了宪法修正案中。这是中国社会经济发展和法制建设的重要里程碑。

在这一时期，“法律面前人人平等”的思想内涵更为丰富。人权、司法公正成为这一时期法学界乃至社会各界关注和探讨的焦点。同时，为实现对少数群体、弱势群体的保护，中国在二十世纪九十年代以后逐步加强了这方面的立法，先后出台了《残疾人保障法》（1990年）、《未成年人保护法》（1991年）、《妇女权益保障法》（1992年）、《老年人权益保障法》（1996年）等一系列法律。在《刑法》的修订中，明确规定：“对任何人犯罪，在适用法律一律平等。不允许任何人有超越法律独特权”（《刑法》第四条），从而确立了刑法面前一律平等的基本原则。在司法实践中，人民法院在审判实践中强化了对弱势群体的司法

救助，采取减、免、缓交诉讼费用等措施，使孤老残幼平等行使诉讼权成为可能。

由此可见，对于法律面前人人平等的问题的论争，大大推进了中国民主与法制建设的步伐和进程，其在中国法制发达史上占有不可磨灭的地位和功绩。

（三）民法与经济法调整对象的论争

自从1978年开始，到1983年开始起草《民法通则》，直至《民法通则》颁布，在中国法学界展开了一场有关民法与经济法调整对象的划分问题的论争。此次论争对于中国民法体系的建立产生了深刻的影响。

在法学界，随着《民法通则》的起草工作的展开，民法总论是这一时期的研究重点。研究探讨的内容涉及民法调整对象、基本原则、民事主体、民事法律行为、代理、时效制度等。其中，尤为令人关注的是民法调整对象问题。随着民法教学研究工作的恢复，关于民法调整对象的争论全面展开，各家学说纷呈，有传统的“两个一定说”[注]、“三部分关系说”[注]、“商品关系说”[注]、“平等主体的财产关系和人身关系说”。直至《民法通则》制定完成，最终采用了“平等主体的财产关系和人身关系说”。

与民法调整对象的讨论相伴随的是一场异常激烈的学术论战，即关于民法与经济法调整对象的划分问题。发生这场论战的背景是由于当时中国存在强大的经济法思潮，民法观念淡薄和民法制度支离破碎，民法尚未得到社会的承认与正确的理解。相当多的人只知有经济法，而不知民法为何物，甚至在法学界中也是如此。因此，民法学者的首要任务是为民法确立位置。这场论战大约始于在《民法通则》的起草和制定过程中，达到了高潮。

在这场争论中，先后形成了几个主要观点：（1）“综合经济

法”说。该说认为，经济法是调整一切经济关系的法律规范的总和。实质上是把民法部门的大部分调整经济关系的规范纳入经济法。（2）“纵横统一”说。该说认为，经济法是调整经济管理关系和经济协作关系的法律关系的总称。即社会主义组织之间的纵向的、横向的经济关系都由经济法调整。而民法主要调整公民之间、法人之间的经济关系。（3）“纵向”说。该说认为，经济法是调整纵向的经济管理关系的法律规范的总称，横向的经济关系由民法调整[注]。其中，纵向说的影响最大，并为立法机关所认可。

总之，通过这次论争，使得中国法学界基本上端正了对于民法态度，民法作为一个独立的法律部门，开始逐步得到社会的承认与理解。特别是随着《民法通则》、《继承法》、《婚姻法》等民事法律的颁布，为中国民法学的研究和民法的发展迎来了宝贵的春天。特别是1992年春邓小平同志南巡讲话传达后，社会主义市场经济体制被确定为改革目标模式，标志着中国的改革开放终于走出了停滞和徘徊，并且预示着制定一部现代化的、完善的中国民法典的伟大历史使命，已经摆在中国民法学者面前，从而迎来了中国民法学的蓬勃发展的时期。

（四）权利本位与义务本位的论争

自从出现权利和义务这对矛盾以来，权利和义务何者为法的本位的争论就一直没有停止过。中国关于这问题的争论在二十世纪八十年代末九十年代初达到白热化的程度，其中有三次法学会议都是以权利和义务的问题为主题展开讨论的。

第一次是1988年6月在长春召开的法学基本范畴研讨会（以下简称“长春会议”），在这次会议上，关于权利和义务的问题成了该次会议的热点和主题。当时长春会议与会者都认为，把权利和义务作为法学研究的主线，这标志着法学认识论的发展和深化，具有开拓性的意义。

第二次是1990年5月在合肥召开的中国法学会法学基础理论研究会第四次年会（以下简称“合肥会议”），在这次会议上，关于法的本位问题是会议的主题。当时与会者的观点大致可归结为三种：（1）权利本位说；（2）义务本位说；（3）无本位说。

第三次是1990年10月在大连召开的民主、法制、权利、义务研讨会（以下简称“大连会议”），关于权利和义务及其关系的问题再次成为该次会议讨论的热点。

关于权利与义务体系在法学理论研究中的地位问题，在长春会议上大家基本达成了一种共识：把权利和义务作为法学研究的主线或核心，要以权利和义务为基本范畴重构法学理论体系。自长春会议后，就此话题国内主要法学杂志刊出了一系列的论文。其中涉及的主要问题可以归纳为：权利的概念、权利观念与权利意识、传统权利观的变革、权利和义务的社会价值、等等。其中关于权利和义务的社会价值问题，学者提出了以下各种观点：

权利和义务是社会化生产稳定发展的保障；是商品经济的外壳，商品经济的价值和使用价值在市场上的实现都必须化为参与双方的平等权利和义务；是民主制度的内涵，民主与法制的共同体现，就是人们享有权利和履行义务；是法制的基本构成，权利和义务是法规范的基本内容，民主与法制观念的核心就是权利义务观念。

之后，随之而来的论争的问题是：在权利和义务这对范畴中，何者居主导地位？自从合肥会议和大连会议后，对何者为法本位的问题可清晰地分为三种观点：一些学者提出“权利本位说”，指出“现代法学应是权利之学”；另一些学者认为法应以“义务为本位”；还有学者指出权利和义务是统一的“无本位说”。三派观点展开了热烈的争论，从而掀起了围绕法本位问题的激烈的学术讨论的热潮。在这股热潮中，形成了两对针锋相对的论争话题。

1.权利本位论与义务本位论之争

权利本位说者认为，在权利和义务的相互关系中应以权利为本位，权利是起点、轴心、重心，即权利居主导地位。有学者认为，权利和义务互为参照系的条件下可以这样识别：“如果立法者把确认人民的权利视为首要目标，为了使人民的权利受到保障，才不得不向每个人施加平等的义务约束，这就是权利本位”。[注]因而，“权利本位”的概念可以表达为：“权利构成法律体系的核心，法律体系的许多因素是由权利派生出来的，由它决定，受它影响，权利在法律体系中起关键作用。”[注]基于该观点，学者把权利本位的基本涵义概括为：（1）权利本位意味着在法律上的平等对待。权利本位要求立法者在权利的给予和义务的分配时都应当平等对待每一个主体，不能使其只享有权利而不承担义务，或使其只负有义务却不享有权利，而应使每一主体平等地享有权利和平等地承担义务。任何人，不论其在社会中的人格特征和社会位置怎样变化，只要他取得法律意义上的公民资格，在法律上就可以受到与其他人同等的对待。[注]（2）权利本位表明义务来源于权利、服务于权利并从属于权利。[注]权利本位说认为在权利和义务这对矛盾之中，权利是主要的，处于支配地位。因为“对权利而言，义务是手段，是权利的引申和派生物；对义务而言，权利是目的，是处于主导地位的核心。”[注]

义务本位说学者认为，法的首要作用就是使社会有序化，社会从无序到有序状态要依靠一定的约束条件，社会个体成员所承担的义务就是约束条件，因人天生是自由的，法律从其开始产生时就是确定义务，而不是宣告权利[注]。他们还认为，“法作为社会、规范手段，主要是通过义务性规范来实现”法的社会实效和目的，立法者应当将重点和注意力放在法的义务规范以及违反这些义务规范所要遭致的不利后果的设定上，以便使法具有可操作性。[注]由此可见，义务本位说所指的权利义务就是实有权利和义务，即社会现有的法律规范所规定的法律权利和法律义务。因而，坚持义务性规范是促进社会发展的法律的关键所在，这样的法律才有存在的意义。

权利本位说和义务本位说争论的焦点在于：在讨论权利和义务何者

为法本位的问题时，这里的“法”到底指的是什么状态的法，是“应然法”还是“实然法”？权利本为说是在“应然法”上立论的，而义务本位说是在“实有法”即法律规范的前提下展开论述的。二者的理论基点和前提是两个不同范畴的概念，因此，它们之间仅出发点不同，但就实质来说是并不矛盾的。

2.无本位与权利本位、义务本位之争

在法的本位问题争论中，还有一种观点认为，在权利和义务的关系中不存在何者为本位的说法，即“权利义务一致说”或“无本位说”，并指出在讨论权利和义务的为题时，必须紧密联系法律主体来进行。该观点认为，权利和义务是法律的核心内容，而且是法律关系的重要组成因素，两者相互依存、缺一不可。

无本位说认为：（1）权利本位说和义务本位说把权利和义务之间的关系绝对化，割裂了两者的关系。但是，“权利和义务关系是相对的，不是绝对的，在一定条件下还可以相互转化。一个主体不仅在他行使权利时要履行某种义务，而且还可能从权利主体变成为义务主体，在这个法律关系中是权利主体，在另一个法律关系中又是义务主体”。[注]（2）在权利和义务关系中一定要分出何者为本位是没有意义的，权利和义务无所谓谁先谁后，它们同时产生，同时发挥作用。权利和义务是法规范的核心内容，法规范包含两个方面：一是对人们行为的保护，即权利；二是对人们行为的限制，即义务。[注]“任何法律规范中所确认的权利和义务都不过是立法者以法对社会中特定主体所配置的权利和义务而已”，[注]法规范是权利和义务表现其社会功能的不同角度和不同表现，无论权利和义务在主体间如何分配，两者必须是并存的，在有权利的地方必有义务，在有义务的地方必有权利。因此，权利和义务都是法律设定的权利主体的一定行为方式，其目的是为了实现人们一定的社会需要，即立法的真正要求。[注]因此，在协调各利益群体间的利益时，应实现权利和义务的一致性，而不能只侧重权利的给予或义务的分配，应

是对二者的协调统一。

本位的讨论历时5年，它激发了法律研究工作者对权利和义务这对范畴的兴趣，各种观点虽是从不同角度论证权利和义务的关系，但通过讨论法学者们达成了一种共识，即：权利和义务这对范畴是法的核心范畴，以权利和义务重构法学体系是中国法学理论变革的途径和方向。这场争论也反映出中国当时学术争鸣的生气和活跃的氛围。

（五）“法治”与“人治”的论争

“法治”与“人治”的论争在中国已经持续了一百多年。从梁启超反对儒家的“人治”思想开始，经过沈家本，到孙中山、陈独秀、李大钊、胡适、罗隆基等人，均提出了自己的法治观。但是它们侧重的是中国政体政权的模式建设，对“法治”概念及其内涵的辨析则缺乏必要的认识。如孙中山以西方“天赋人权”、“自由”、“平等”、“博爱”、民主共和等思想为武器，抨击封建政治制度和法律学说，指出专制政治是导致中国长期贫困落后的根本祸根，中国的出路在于推行民主法治，建立起以“五权宪法”为核心的民主法治国家。罗隆基也指出，争人权的人，先争法治；争法治的人，先争宪法。而真正对法治与人治的基础理论问题进行充分地讨论和研究，则是在20世纪七十年代末八十年代初和九十年代后期。

29世纪七十年代末八十年代初主要是围绕以法治国这个主题而开展的关于人治与法治的讨论。在这场讨论中，对于法治与人治的关系，主要有四种观点：（1）“要人治，不要法治”；（2）“要法治，不要人治”；（3）“既要法治也要人治，两者应该结合”；（4）“抛弃法治与人治的提法”。持第一种观点的人不多。讨论主要集中在后三种观点中。

第二种观点认为，所谓人治，主要是由掌握权力的统治者个人的意志来治理国家，是一种倾向于专制、独断的治国方法，它的特点是个人具有最高权威。所谓法治，则是用体现整个统治阶级集体意志的法律作

为治理国家的依据和标准，是一种倾向于民主、排斥专制的治国方法，其特点则是法律具有最高的权威。[注]

第三种观点主张，“既要法治也要人治，法治与人治结合”的学者认为，自人类进入阶级社会以来，就根本不存在什么只有人治没有法治或只有法治没有人治的国家，徒法不能自行。再好的法律，再完备的制度，倘若没有人来执行，那也是一种摆设。法是靠人来制定的，也是靠人来实施的。[注]历史上，法家和儒家各自主张的“法治”与“人治”，并非割断对立的，而是各有侧重下的相互包含。因而，法治和人治并不是绝对对立的，治国应当是法治与人治相辅相成的。

第四种持“抛弃法治与人治的提法”观点的学者，又有三种不同意见。沈宗灵认为，对于法治和人治，既不宜作为口号来提倡，也不宜简单地否定。他认为，无论是先秦思想家的传统解释或是近代西方思想家的解释，都有不科学的地方，故而不宜作口号提倡。但同时对一些专门用语和概念的“科学性”，不能采取绝对化的态度，因此，对法治和人治这样在中外法学深有影响的用语，亦不宜简单否定。[注]

陈荷夫认为，对于什么是法治、什么是人治，各个人都有自己的理解与新的解释，已经不同于春秋战国时代法家、儒家和其后各王朝所说的法治人治的本义了。“法治”与“人治”的提法是古人使用过的陈旧词汇和几百年前资产阶级提出的旧口号，已经过时了，应予抛弃，学者的研究应重点放在社会主义法制和毛泽东法律思想研究上，光讲“法治”、“以法治国”是不够的。[注]

范明辛则认为，人治无疑是专制制度、专制主义，是我们应予革命和彻底清除的，但是我们也不要奴隶制的“法治”、法家的“法治”和资产阶级的“法治”。因此，“人治”与“法治”、“以法治国”的提法应该被抛弃，而用已惯用的人民民主或社会主义民主和社会主义法制。[注]

然而，无论是持上述三种观点的那一个学者，有一个共识，那就是：“法律至上”的说法是错误的，法治虽然要求法律树立极大的权威，

但法律不是万能的，所以，他们都不承认“法律至上”的说法。他们认为.在处理中国共产党和法治的关系上，法治是在中国共产党领导下的法治，中国共产党的政策上升为国家的法律，故而依法办事也就是维护中国共产党的领导。

经过这次论争，“法治”思想开始在中国人的心中扎下根。

但是，到了二十世纪九十年代，特别是中共十四大确立的建立社会主义市场经济体制的方略的出台以后，使得中国的法学界围绕“依法治国”、“法治”、“人治”、“法制”等问题的基本命题和概念，破土而出，开始备受中国法学界的关注。其中以下几个概念的确立对于中国法治建设的发展有着极其重要的意义。

1.依法治国

有学者认为“依法治国”与“以法治国”强调的侧重点不同，法治国家应该是“依法治国”与“以法治国”的统一。有学者指出，“依”是依照的意思，指在法律范围内活动。所依之“法”应当是民权法而非“统治法”，这是社会主义的要求。周永坤认为，依法治国的核心即是政府依照人民制定的法律治理社会与人民依法管理政府的统一，从现代法的民主精神来看，侧重点应是后者，即依法治国之“国”指国家机关而非百姓。[注]

汪习根和朱俊认为，对依法治国内在构造及各构成要素之间的相互关系进行理性的价值定位，是依法治国方略实施过程中的一个方向性问题。权利主体与权力载体的关系就是法治社会的治者与受治者、法制主体与法治对象之间的关系。依法治国的主体只能是人民；其对象是国家及社会各项事务，其中关键是权力组织、权力行为和权力关系三大方面；而良法权威的绝对服从则是依法治国的基本内核与实质。[注]

2.法治的概念

亚里士多德的法治论断，为诸多学者所认可：“法律得到普遍的服从，而大家服从的法律又是制定得良好的法律”，从此，“普遍守法和良法”就成为法治的基本含义。有的学者进而将法治分为形式法治与实质法治。形式法治是对法治的工具性使用，实质法治强调的是“法的统治”，即把法治当作一种价值；形式法治强调秩序，偏重自上而下的管理，使民众有法可依和有法必依，实质法治虽然也强调守法，但重点不在“治民”而在“治官”；形式法治重法的普遍性、稳定性等形式要件；实质法治强调的内容以保护权利、自由、平等为归宿；形式法治关注效率，实质法治侧重道德方面的考虑。注

3.法治与法制

法治与法制是长期以来混淆不清的两个概念。观点主要有三：一是相同论。这是二十世纪八十年代占主导地位的观点。二是相异论。该论认为，法制是指国家的法律与制度，法治指治国的理论、原则，体制和实施方法。法制是属于制度的范畴，法治是属于方法的范畴。注三是联系区别论。该观点认为，法治高于法制，法制的目的是建立良好的法制秩序和社会秩序，法治的目的远不止于此。注

4.法治与德治

进入21世纪以后，在中国法学界曾经掀起过一场德治与法治的关系的讨论。这场讨论得出的结论基本是一致的。学者们一般认为，法治之法应该有而且必然有道德性，但是，法律应有道德性，并不意味着道德可以直接成为治国的依据，进而将德治与法治在治国层面上相提并论。因为道德首先是有争议的，同时道德还是不确定的，更为关键的是，道德没有强制力，因之道德难以担当治国重任。而法律的制度化、系统化和强制力，使之成为有效的治国之具。但间接来看，道德可以转化为制度，也可以通过对人的塑造而参与治国。其结论为：“法治和德治是两

种互补的社会控制模式，但在现代社会中，法治是主流，治国在制度层面上只能依法，道德通过转化参与了治国，但不能谓之德治，它的主要功能在于育人”，[注]它们是对立统一的。

通过这些激烈的论争，人们对于“法治”与“人治”的认识也日趋一致，其最伟大的结果就是“依法治国”终于写进了中国的宪法，法治的观念和思想开始深入人心，中国也逐步走上了从人治向法治转变的康庄大道。

（六）无罪推定原则的论争

从二十世纪五十年代中后期开始，无罪推定原则在我国一直是备受瞩目的焦点问题。在七十年代末、八十年代初，以1979年《刑事诉讼法》的起草和颁布为背景，开始探讨无罪推定原则对我国的适用等问题。自此以后，直至八十年代末、九十年代初，又围绕无罪推定原则的具体内容展开讨论。1996年随着新《刑事诉讼法》的颁布，争论的焦点为《刑事诉讼法》是否以及应否确立无罪推定原则，以及有关无罪推定原则入宪等问题。这几次争论的主要内容集中地体现在以下几个方面。

1.关于无罪推定的表述之争

关于无罪推定的表述，在中国学者中主要持两种观点，一是推定说，一是假定说。持推定说的学者认为，所谓无罪推定是指在刑事诉讼中，被告人的犯罪事实未被证实以前，不能认为他是犯罪分子，并让他负刑事责任，而应推定其为无罪的人；被告人不负证明自己无罪的义务，而司法机关须证明被告的犯罪事实。[注]与此针锋相对的是持假定说的学者，他们认为，在刑事审判实践中，嫌疑犯是有罪还是无罪，属于暧昧不明而又一时难以确定的状态。在没有确定为有罪前，应先拟制为无罪，调查并收集全部证据，其中包括证明有罪和证明无罪的证据。如

果有罪证据否定了无罪的拟制，可以以判决书的形式宣布被告人为有罪的人，并判处与其罪行相适应的刑罚。如果无罪的证据足以证明无罪的拟制是正确的，可以宣布无罪释放。如果有罪证据或者无罪证据都不足以证明嫌疑犯是有罪或者无罪，则应发回侦查机关补充侦查，进一步调查证据以证实是否有罪；在没有确凿的证据证实嫌疑犯是否有罪之前，不应对其定罪判刑。这就是无罪推定原则的真实涵义。[注]还有学者认为，无罪推定是指刑事诉讼中的被告人在未被法院发生法律效力的判决判定有罪之前，应假定其无罪。这种推定，是一种法律上的假定。[注]

面对这两种截然不同的表述方式，持不同观点的学者们纷纷提出了各自的理由。赞成推定说的学者指出，无罪推定概念应当采用推定说，并应表述为“在未经法院依法判决为有罪之前，任何人均应推定为无罪”。[注]这种表述不仅从逻辑上涉及控诉方的证明责任、证明标准即反证等问题，而且从法律上涉及推定的法律效力，刑事诉讼中嫌疑人、被告人的法律地位和诉讼权利问题，有助于揭示和理解无罪推定的本质内涵。而持假定说的学者则从无罪推定原则的来源、出发，指出无罪推定的这个中文译法直接来自日文，如此翻译并不确切。根据它的原意和实际内容，应该将其译为“无罪假定”。持此观点者认为，如果法院在作出判决以前就推定被告人是无罪的，从诉讼程序来看，是不合理的。因为，此时案件还在审理的过程之中，对被告人来说，最后的判决还存在着两种可能性——有罪或者无罪，而不是只存在着一种可能性。因此，这个原则的原意和实际内容应该是“无罪假定”，即被告人在被宣判有罪以前，应被假定为无罪。只有这样，法院审理的结果不论证明被告人有罪还是无罪，才都合乎逻辑。[注]

无罪推定的推定说和假定说之间的争论即使在1996年新的《刑事诉讼法》颁布之后也从未停止过。例如，有学者提出，新《刑事诉讼法》第12条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人不得确定有罪”。这就是无罪假定原则的法律体现，也是无罪假定的基本内容。[注]也有学者提出了相对无罪推定的观点，认为，从《刑事诉讼法》第145条的规定中

可以推定，对于有被害人的案件，被害人若不服起诉决定书，可以申诉或直接起诉，人民法院若作出有罪判决，公安机关和检察机关的不立案和不起诉决定即撤销。这种情况就是相对无罪推定。反对这种观点的人则认为，相对无罪推定是对刑事诉讼中无罪推定合理因素的片面理解，法院作出有罪判决并不是对不起诉决定的否定，无罪推定也并不只体现在审判阶段。法院在作出有罪判决前对被追诉者均不持有罪的认识，这贯穿于整个诉讼过程之中。况且，相对无罪推定的概念在字义上容易引起混乱，易与既无罪又有罪的怀疑地位相混淆，因此，相对无罪推定的提法是不确切的。㊟有的学者则同时认可推定说和假定说这两种表述方式，他们指出，无罪推定一词是直接从日文翻译来的。无罪推定是“有罪推定”的对称，从字面上理解是指犯罪嫌疑人、被告人在未经法院依法判决并确定为有罪的情况下，根据法律应当推定其无罪，或这假定其无罪，并以此设定其诉讼权利、诉讼地位，保护犯罪嫌疑人、被告人的诉诉讼权利。㊟

通过这些论争，使得无罪推定的表述日趋成熟。现在学者们比较一致的观点是：无罪推定是“有罪推定”的对称，指在刑事诉讼中，任何被怀疑犯罪或者受到刑事控告的人，在未经司法程序最终确认有罪之前，在法律上应假定其无罪或推定其无罪。

2.关于无罪推定的适用之论争

理论上，关于无罪推定原则是否适用于中国刑事诉讼的问题，长期以来看法不一，争论激烈，概括地讲，法学理论界共有三种观点：

其一，适用说

主张此说的学者的主要论点有：

首先，无罪推定原则符合中国社会主义法制的要求。在被告人未经法院判决确定为有罪之前，只能认为他还是一个无罪的人。不守住这条界限，就不能保障公民的合法权利，就不能维护社会主义法制。无罪推

定与“实事求是”、“以事实为根据，以法律为准绳”的原则并行不悖，是在刑事诉讼中贯彻实事求是原则的具体形式和途径。中国法律虽未明确规定无罪推定为刑事诉讼的基本原则，但在具体条文中已经体现了无罪推定的有关内容。[注]

其次，无罪推定原则有其存在的合理性。从历史上来看，无罪推定原则并非资产阶级所独创，其立法思想的渊源可以追溯至奴隶社会中后期和封建社会。从当今社会来看，无罪推定原则已成为当代不同社会制度的国家普遍采用的刑事司法原则，这表明它的基本精神是科学的，体现了人类社会法制和法律思想发展、进步的共同要求，是一份具有共同价值的法学遗产。

其二，不适用说

主张此说的学者认为，无罪推定原则是唯心主义的表现，不仅违反了中国有关刑事诉讼的法律规定，而且也不能保障我国公民的人身权利和民主权利。

他们认为，虽然无罪推定取代封建专制的“有罪推定”是一大进步，但其本身也存在着严重的片面性和局限性，既没有揭示刑事诉讼活动的本质，也与中国有关刑事诉讼的法律规定不符。中国的刑事诉讼实行的是“以事实为根据，以法律为准绳”的原则，无论是文字表达还是实际内容，都比无罪推定更科学、更合理。[注]无罪推定原则对于保障中国公民的人身权利和民主权利，也没有任何实际意义。中国刑事诉讼的主要任务，是揭露查实犯罪与惩罚罪犯，以及保障无辜者不受刑事追究。无罪推定原则不能帮助实现这个主要任务，所以，它无助于司法实践。[注]

其三，批判继承说

主张此说的学者提出，对有罪推定原则必须坚决彻底地摒弃，但对无罪推定原则，他们也不赞成全盘肯定，又不赞同全盘否定，而基本上赞同批判继承说。也就是说，在继承的基础上，确立适合于中国国情的“罪从证定”原则，并将其规定为刑事诉讼的一项重要基本原则。所

谓“罪从证定”原则，是指在侦查、起诉、审判各个诉讼阶段确定被告人是否有罪时，既不搞有罪推定，也不搞无罪推定，而是根据已有的充分、确实的有罪证据认定被告人有罪，否则就认定被告人无罪。[注]

他们认为，无罪推定原则既包含合理的内容，又存在不科学的东西。社会主义刑事诉讼法应当取其精华，去其糟柏，批判地加以继承和运用。他们提出了批判地继承无罪推定原则的四条理由：其一，对于这项在世界范围内有着重要影响的刑事诉讼原则，我们简单地予以否定，不是科学、严肃的态度，而应予以科学的分析；其二，无罪推定具有合理的因素，我们应予肯定；其三，无罪推定所引申出来的一系列诉讼规则，具有不可否定的积极意义；其四，肯定无罪推定的合理因素，吸收其中的积极意义，对于彻底消除“有罪推定”思想和表现，具有很强的现实意义。

1996年《刑事诉讼法》颁布后，使得无罪推定原则在中国的适用问题进一步深化，无罪推定原则能否在中国适用并最终得以确立，至今却仍无定论。学者们提出了以下几种观点：

第一种观点认为，无罪推定原则在我国1996年《刑事诉讼法》中已经确立。他们指出，新《刑事诉讼法》第一编总则以基本原则的形式在第12条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”，从而在立法上明确排除了“有罪推定”论，宣告了符合中国国情的无罪推定原则的确立。[注]

第二种观点认为，无罪推定原则在中国还没有确立。持该种观点的学者认为，新《刑事诉讼法》并没有确立无罪推定原则，而只是确立了确定有罪权由人民法院依法行使的原则。[注]他们认为，新《刑事诉讼法》增设第12条是为了维护法院的统一定罪权，即只是强调“确定有罪权由人民法院依法行使”，而不具有无罪推定的含义。这是因为：（1）在修改《刑事诉讼法》的研讨过程中，国家立法机关的权威人士曾就无罪推定问题明确表示，封建社会采取“有罪推定”的原则，资产阶级针对“有罪推定”提出了无罪推定，而我们则是以客观事实为根据。（2）

修正后的《刑事诉讼法》第93条仍规定："犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。"这与无罪推定的被告人享有沉默权显然是对立的。

第三种观点认为，现行《刑事诉讼法》基本或部分确立了无罪推定原则。他们认为，现行《刑事诉讼法》已经吸收了无罪推定原则的合理因素，但对该原则并未完全充分肯定。[注]新《刑事诉讼法》第12条规定在总则第一章"任务和基本原则"内，毫无疑问这具有原则性的意义。虽然立法的初衷或者直接含义在于确立法院的统一定罪权，取消检察院的免诉权，但其客观上或者深层含义上确立了公民在法院判决前应保持的未确定有罪即原始无罪的法律地位，其基本精神与无罪推定原则一致。综合该法分则的具体程序规定，他们认为，中国新《刑事诉讼法》已经部分地确立了无罪推定原则，但离完全适用还有较长一段距离。[注]。此外，仍有一部分学者认为新《刑事诉讼法》对此并不明确。

总之，通过对无罪推定的适用之论争，学者们比较一致地认为，中国1996年的新《刑事诉讼法》并没有完全确立无罪推定原则，只是吸收了无罪推定原则的部分合理因素，第12条规定充其量只是一个非完整的无罪推定原则。中国应当在《刑事诉讼法》再修改中确立完整的无罪推定原则。[注]

3.关于无罪推定的入宪前景之争

1990年发表在《争鸣》第2期上的《关于无罪推定原则的新思考》一文重新激发了学者们关于无罪推定人宪问题的大讨论。该文提出，无罪推定在立宪上的直接目的就是保护公民的人身自由。因此，该文作者赞成将无罪推定原则载入宪法，并指出，在中国宪法中确认无罪推定原则，不仅有助于推进中国社会主义政治民主化的进程，而且具有一定的国际意义。[注]

之后，有关这一问题的论争就一直没有停止过。1996年年第7期

《法学》上刊载的《浅析疑罪从无原则》一文提出建议，在修改宪法时将无罪推定原则确立为我国法律的一条基本原则。该文指出，“疑罪从无”体现了无罪推定的基本精神，而无罪推定原则是当今世界司法进步文明的标志，并被绝大多数国家所接受和采纳，成为一条宪法性的诉讼原则。而且，中国新《刑事诉讼法》对无罪推定的精神也予以了肯定。因此，将该原则确立为中国的一条宪法原则是有理论和实践依据的。注

进入21世纪后，该问题仍然是诉讼法学界讨论的一个前沿性问题。有学者指出，从更高的角度看，宪法是保护公民权利的根本大法，一些国家不仅在刑事诉讼法中确立了无罪推定原则，而且在宪法中也明确规定了无罪推定原则。基于对无罪推定原则在认识上的逐步深入，以及无罪推定诉讼价值观念的逐步形成和发展，无罪推定作为刑事诉讼法律原则将日益凸显其重要性。展望二十一世纪，伴随着中国法治国家的建设和法制现代化进程，无罪推定原则因其丰富和独特的诉讼法律价值内涵和权利保障功能，必将得到重大发展，并作为一项宪法原则载入中国宪法。注

无罪推定原则论争反映了中国法学界对于重大问题的探讨，已经越来越朝着更为深化和适用的方向发展，并且，已经积极地渗透到立法之中，甚至为立法指出了方向。

（七）民法典起草思路及其体系结构的论争

2002年12月23日，第九届全国人大常委会第三十一会议上所提交的《中华人民共和国民法（草案）》，是一部凝聚了中国大陆民法学家集体智慧的民法草案。在该部草案的酝酿、起草之间，中国民法学界曾经就中国民法典的起草思路问题展开了一次激烈的论争，这次论争被中国民法学界称之为“世界民法典编纂史上的第四次大论战”。

1.论争的基本情况

1998年3月，中国最高立法机关——全国人大常委会法律委员会，委托江平、王家福、王保树、魏振瀛、梁慧星、王利明、费宗祎、肖峋、魏耀荣九人成立民法起草小组，负责中国民法典的编纂和物权法草案准备工作。自此，中国全面展开了民法典的研究和立法这一跨世纪的伟大工程。

在这次伟大工程中，围绕民法典起草思路，展开了一场激烈的论争。在论争中形成了所谓的三种编纂思路。

其一即所谓的“松散式、邦联式”思路。所谓“松散式、邦联式”思路，是由民法起草工作小组成员费宗炜所提出的编纂民法典的思路，得到另外两位成员江平教授和魏耀荣先生的赞同。按照这一思路，是把已经有了的《民法通则》、《合同法》、《担保法》、《继承法》、《婚姻法》，与正在起草的物权法，把它们编在一起，也就成了中国民法典。无须按照严格的逻辑关系，也无须要求完整的体系。各部分相对独立，相互之间构成松散式的、邦联式的关系。这一思路的特点是，不赞成逻辑性和体系性。明显带有英美法影响的痕迹。

其二即所谓理想主义思路。这是厦门大学教授徐国栋提出的民法典编纂思路。徐国栋教授自己称之为“理想主义思路”。这一编纂思路有三个特点。第一个特点是“回到罗马法”。因为罗马法就是分为“人法”和“物法”两部分，徐设计的人身关系法，对应于罗马法的“人法”，财产关系法对应于罗马法的“物法”。因为罗马法上就是“人法”比“物法”重要，“人法”在前、“物法”在后，因此人身关系法应该安排在第一编，财产关系法应该安排在后面。第二个特点是以法国式三编制为基础。因为法国式三编制，是采纳罗马法著名学者盖尤士《法学阶梯》的结构：人法、物法、诉讼法。只是法国民法典将诉讼法排除在外，将物法区分为两编，这就是法国民法典的三编制：人、财产、财产的取得方法。徐国栋教授认为法国式三编制深得罗马法的本意，突出民法的“人法”色彩。德国民法典从各编抽象出共同的规则和制度，创设总则编，使民法沦为财产法，人被淹没了。因此徐国栋教授认为德国式五编制是

败笔，不足采。第三个特点是以重要性为标准。按照徐国栋教授的思路，什么制度应当安排在民法典上，什么制度应当安排在民法典之外，在民法典上什么内容应当在前，什么内容应当在后，纯以该制度的重要性为标准。人身关系法，直接体现人的尊严和人权，当然比财产法重要，因此安排在第一编。第一编内部，自然人最重要，在第一分编；其次是亲属法，在第二分编；法人法，在第三分编；继承法本属于财产法，但系以人身关系为基础的财产法，因此比普通财产法重要，安排在第四分编，表明其重要性低于前三个分编而高于第二编普通财产关系法。在第二编内部，物权法在前，因为物权比债权重要。此外，知识产权法也要安排在民法典上，因为知识产权法重要。

其三即所谓现实主义思路。中国社会科学院法学研究所的梁慧星教授所主张的编纂中国民法典的思路，可以称为现实主义思路。这一思路有三个重点，即从中国的实际出发；以德国式五编制和民法通则为编纂的基础；适应本世纪以来社会生活的新发展，借鉴20世纪最新的立法经验。梁教授认为，从中国的实际出发，以德国式五编制和民法通则作为基础，适应却世纪社会生活新的发展，借鉴20世纪制定的新民法典的立法经验，这就是编纂中国民法典的所谓现实主义思路。他认为编纂中国民法典需要坚持若干要点：第一，坚持民商合一；第二，以《德国民法典》五编制为基础；人格权不设专编；第四，维持物权概念和有体物概念；第五，维持债权概念和债权总则；第六，以亲属编代替婚姻家庭法；第七，维持继承权概念和继承法；第八，不设知识产权编；第九，单独制定中国国际私法法典。(注)在以上三种思路的指引下，主要形成了三个主要的民法草案版本。一是所谓“官方版本”，即由全国人大法律委员会提交给第九届全国人大常委会第三十一次会议的《中华人民共和国民法（草案）》版本，该版本是将此前公布的《民法通则》、民事单行法（合同法、担保法、婚姻法、收养法、继承法）、之前草拟的物权法草案，再加上新定的人格权法、侵权责任法，汇整而成。该民法草案分为九编：第一编“总则”、第二编“物权法”、第三编“合同法”、第四编“人格权法”、第五编“婚姻法”、第六编“收养法”、第七编“继承法”、第八

编“侵权责任法”、第九编“涉外民事关系的法律适用法”。

二是“社科院草案”。该草案是包括中国社会科学院法学研究所、北京大学法学院、清华大学法学院等数家法学研究机构在内的法学者集体研究的成果，但该民法典结构体例及全部条文的修改、定稿工作由梁慧星教授负责。该民法草案分为七编：第一编“总则”、第二编“物权”、第三编“债权总则”、第四编“合同”、第五编“侵权行为”、第六编“亲属”、第七编“继承”。

三是“人民大学草案”。其基本体系框架为：第一编“总则”、第二编“人格权”、第三编“婚姻家庭”、第四编“继承编”、第五编“物权”、第六编“债法总则”、第七编“合同”、第八编“侵权行为”。

此外，还有徐国栋教授组织编纂的《绿色民法典（草案）》，该草案的框架结构为：序编小总则；第一编人身关系法，包括第一分编自然人法、第二分编法入法、第三分编亲属法、第四分编继承法；第二编财产关系法，包括第五分编物权法、第六分编知识产权法、第七分编债法总论、第八分编债法各论；附编国际私法。

2.论争的主要内容

（1）关于人文主义与物文主义的论争

这场论争的实质是中国民法典编纂思路的论争。主张以人文主义思想编纂中国民法典的学者认为，所谓人文主义是强调人是世界的中心的主张，它产生于文艺复兴的意大利，是对中世纪的以神为中心的世界观的否定。人文主义是一种文艺复兴后产生的古老思潮，它是第一次法典编纂运动的思想基础之一。在法国，人文主义学派的研究成果成了该国的法典编纂的学术基础。没有人文主义思潮就不会有市民法的法典编纂。然而，现今相距第二次法典编纂运动历史已前进了200多年，所以必须扬弃老人文主义，创立新人文主义作为中国民法典的思想基础。新老人文主义都强调人的中心地位，但与老人文主义有两点不同：第一，

认识论上的区别。新人文主义的认识论的特点是对人类认识能力持有所知和有所不知的评价，因此，应允许民法典保持开放性结构，赋予法官广泛的自由裁量权发展法律；第二，对人的地位认识的区别。老人文主义认为人是世界的惟一中心，强调征服自然，新人文主义认识到人与环境的依赖关系以及与其他生灵的伙伴关系，强调人与自然的和谐，尊重下一代人的权利、动物的权利。新人文主立与绿色主义建立了联系。“绿色”成了追求人与资源的关系之平衡的代名词。一些国家已比较清楚地意识到了人与资源的这种关系，从而把环境保护、节约资源当作法律的原则。因此，绿色与新人文主义同为我们的民法典草案的哲学基础，前者可以被后者所吸收，因为“绿色”强调的是人类的可持续发展，它是对人类之未来命运的关怀。物文主义是以物为世界之中心的观点，它与一些既有的理论如商品拜物教、商品经济的民法观和旧唯物主义都有关联，该主义在编纂民法典中的表现就是把物法前置于人法，即所谓的物法前置主义。进而，他们认为，这两种民法典起草思路之争，是两个民法学派之争。物法前置主义在民法典结构设计问题上反映出来的民法思想属于“商品经济的民法观”，该民法观念分明烙着稍一活动便会露出的“商品”的纹章。它诞生在有计划商品经济模式的体制环境中，浑身披满与坚持计划经济体制的经济法学派进行论战的硝烟。它把市民法的复杂背景单一化，化成商品经济，民法的一切制度，因而都被解释为以商品为核心的存在。这种“物头物身”的民法典体系与强调主体性的新唯物主义直接冲突，因而，其背离了现时的时代精神。[注]

与上述观点持截然不同的观点的学者则认为：相关学者在论证上述观点时存在两个方面的问题：第一，先是将人法、物法有先后顺序的二分法作为人文主义民法的惟一表现形式，然后简单化地将民法的基本问题与哲学的基本问题相等同，将人法、物法与哲学上的主观世界、客观世界一一对应，这不仅在理论上说不通，思维也不合逻辑性。第二，对人文主义民法采用双重的判断标准，贬抑德国民法典，抬高罗马法，似乎德国民法典就不是在人文主义思潮影响下的产物，但根据提出一些学者自己的论述，德国民法典无疑也是人文主义思潮激荡的产物，如其在

总则部分先规定“人”，恰恰也反映出了德国民法典实际上也受到了人文主义思潮的影响，因而他给自己制造了又一个矛盾。据此，该学者提出了几个关键性的问题：法学阶梯的形式产生在前，人文主义思潮复兴于后，人文主义民法如何与法学阶梯的形式必然地结为同盟？人文主义民法没有或者不能有其他的表现形式吗？究竟人文主义民法典的判断标准是实质的还是形式的？即便其标准是形式的，难道其形式的标准真的坠入唯“法学阶梯”是尚了吗？果真如此，英国的普通法算是人文主义的还是非人文主义的？因而，他们认为，提出所谓人文主义与物文主义的学者的有些论证并不充分，有些论据的使用有随意性。而且，或许是基于对德国法系的偏见，或许是基于自己的前见，因而有些批评或指责是莫须有的，或是扩大化了，或是采取了一种非历史主义的态度。(注)

（2）关于人格权是否独立成编的论争

如何认识法律人格、人格权制度在我国即将颁行的民法典中的位置，学界一直存在分歧。王利明教授基于“体系结构与时代精神相契合”的理念，认为，作为对生命、健康、名誉等人格利益加以确认并保护的人格权法律制度，应当独立成编。传统民法过分注重财产权制度，未将人格权作为一项独立的制度，甚至对人格权规定得极为“简略”，这本身反映了传统民法存在着不合理现象。人身权与财产权构成民法中的两类基本权利，规范这两类权利的制度构成民法的两大支柱。将人格权确认为一项独立的权利，既继受了原有的权利体系，又是对这一体系的适当发展。而且，一旦侵权法独立成编，也就必然在体系上要求人格权单独成编。

相反的观点认为，人格权与人格制度不可分离，人格权应当为民法典总则中的主体制度所涵盖。有关自然人的生命、身体、自由、健康等人格权是自然人与生俱来的，是维持自然人主体资格所必备的权利，任何自然人一旦享有这些人格权，则其作为主体资格的存在也毫无意义。保障人格权实现，也就是要充分尊重个人的尊严与价值，促进个人自主性人格的释放，实现个人必要的自由，这本身是实现个人人格的方式。

因此，人格与人格权不可分离，人格权应该为主体制度所涵盖。㊟

还有学者从宪法的角度，认为人格权属于宪法上的权利，而不属于民法上的权利。因此，民法典不应设定人格权。并且认为，人格权在民法典中独立成编，由此会导致自然人人格权性质的误认及其所保护之人格利益范围缩减至民事生活领域，导致自然人人格权与法人人格权性质的混淆，导致民法理论科学性的降低，弊大于利。指出，应在侵权责任中对于保护的人格利益及其保护方法予以缜密地安排。㊟

（3）关于侵权责任法编的体例结构的论争

对于侵权责任法独立成编，学者基本上有共识，但是针对如何订定侵权责任法编的体例结构，则有两派不同的见解。一派是倾向于使用以大陆法系为主的侵权行为法的编排方式，规定侵权行为的一般条款，以侵权行为一般条款来确定一般侵权行为。但是，所谓“一般条款”及侵权行为的要件与效果，则有两种不同的见解。有的学者认为，侵权行为一般条款就是在成文法中居于核心地位，成为一切侵权行为请求权的基础的法律规范。所有的基于侵权行为的请求权都要符合这一条文，是一个国家民法典调整的侵权行为的全部请求权的请求基础。在这个条文之外，不存在另外任何侵权行为请求权的基础。另外也有学者认为，将侵权行为一般条款理解为所有侵权行为的全面概括，是将侵权行为一般条款做了过大的解释。侵权行为一般条款就是规定一般侵权行为的条款。它涵盖了侵权行为的主要理论问题，以及绝大部分与侵权责任法有关的实际案件。㊟官方草案是以一般性的规定先针对侵权行为作原则性的规定，之后再以特殊规定针对各种特别的侵权行为再加以规范，官方草案放弃了对各种“自己加害行为”的侵权构成要件的规定，不对侵害名誉权的特殊抗辩事由（如特定亲属关系中的传播不构成侵权、立法和司法程序中的豁免等）、侵害隐私权的特殊抗辩事由（如公共利益、各种人物隐私权保护的合理限制等）作规定，这势必将把较大的决定权赋予法院。㊟

另一派则倾向于英美法系的立法模式，不向侵权行为一般化的方向

加以规范，而是针对侵权行为加以类型化的方式进行规定。人民大学草案及社科院草案都是采取此种立法模式，此种规定的好处是具备相当程度的可操作性，法官可以很快地对各种类型的侵权行为驾轻就熟地进行裁判，而且，对于法律所肯定的侵权行为类型，一目了然。

（4）关于是否将债法总则独立成编的论争

在关于是否将债法总则独立成编的问题的讨论时，存在两种截然相反的主张。一种是主张债权法总则应独立成编，其主要理由为债权相对于物权，债权为相对性（即对人），物权则有绝对性（即对世性），债权与物权构成民法财产权的两大基础，以民事权利体系架构的民法典，如果仅有物权编而无债权编，则体系呈现支离不全，何况合同的概念并无法涵盖债法总则全部的范围。[注]

反对债法总则独立成编则认为，侵权行为既然已独立成编，而民法总则部分规定法律行为，《合同法》又规定合同法通则，就没必要再设债法总则，再规定就是叠床架屋，并无功能。[注]

（5）关于民法典应否包括知识产权制度的论争

未来的民法典是否应包括知识产权制度，民法学界存在争议。有的学者主张知识产权有其特殊性，并不完全适用民法的基本原则，其应成为一个独立的法律部门，不应将其列入民法典。也有学者提出不同意见。他们认为，知识产权虽然有一定的特殊性，但仍是一种民事权利，《民法通则》所规定的民事权利体系中包含这一民事权利，知识产权已成为中国民法的重要组成部分。民法典应对知识产权作专编规定，否则，民法典的权利体系就有欠缺。从国外来看，传统法、德等国的民法典都没有知识产权的规定，不过这是时代的局限，当时知识产权尚未形成相当的体系，也没有现代重要。时至现代，知识产权制度正日益受到各国的重视，民法典包括知识产权是晚近代起草民法典国家需要解决的共同问题。最新的越南民法典就将知识产权及技术转让规定在第六编中。中国要制定一部现代化的民法典，其中就不能缺少知识产权的规

定。㊟

（6）关于国际私法是否列入民法典之论争

对于是否将国际私法列入民法典的问题，学界存在着不同意见。有的学者认为，《民法通则》第八章涉外民事关系的法律适用，性质上属于国际私法。考虑到20世纪以来制定国际私法法典已成为共同趋势，及我国国际私法学界对此已形成共识并已着手起草，因此建议在民法典之外制定中国国际私法法典。但是，第九届全国人大常委会第三十一会议上所提交的《中华人民共和国民法（草案）》，却将涉外民事关系的法律适用法一编列入民法典中。其主要理由是《民法通则》原本就有有关涉外民事关系的法律适用的概括性规定，现在随着对外开放的发展，涉外民事关系的法律适用日趋复杂，很有必要在民法典中对其基本制度予以更为明确的规范。同时在《民法通则》有关涉外民事关系的法律适用规定基础上，还增加了反致、外国法查明、国际惯例的适用、互惠对等等一般规定；增加了物权、知识产权以及债权中不当得利和无因管理的法律适用的规定；对民事主体、合同、侵权、婚姻家庭以及继承的法律适用问题进一步具体化。㊟

通过上述观点的交锋，使得中国法学界和立法机关对中国民法典编纂思路和体系结构有了一个比较明确的认识，实际上，中国民法典的立法采取了一种比较折衷的做法，既注重中国已有立法的传统，又吸收了当代比较先进的理念，同时特别强调了对中国国情的适用原则，是对三种思路的融合与兼采，同时充分反映学界的意见和智慧。总之，这场论争现在仍未结束，只是朝着更为具体、细致的研究方向发展，并且越来越注重实际。

（八）废除死刑的论争

自从1997年修改《刑法》，特别是2004年中国把保障人权写进《宪

法》以后，在中国学术界就开始弥漫起一股要求在中国废除死刑的言论和思想。于是，围绕中国是否应当废除死刑问题，展开了一场激烈的论争。此次论争不仅局限在刑法学界，宪法学界等也都被波及到，其在中国学界的影响是不容忽视的。

对于废除死刑，中国法学界有三种不同观点：一是主张立即废除死刑，以湘潭大学法学院邱兴隆教授为主，属于绝对少数派；二是主张从减少死刑的罪名，限制死刑的数量入手，逐步达到废除死刑的目的，这一派学者占大多数，以北京大学法学院陈兴良教授等人为主；三是反对废除死刑，以北大法学院朱苏力教授等人为主，也不占多数。

主张废除死刑的学者认为：只要承认罪犯是人，罪犯便拥有国家和法律都不可剥夺的生命权，因此应当全面废止死刑。他们认为，谋杀犯无论是在监狱里还是被释放后，都极不可能再犯他罪；死刑以消灭肉体的方式来消除人内心的恶，是不合理的；没理由判处强奸犯受害者反过来强奸，也没道理判决杀人全家的凶手要由受害者杀掉其全家。因此，不能说只有将杀人者判死刑才算是公平的。他们还提出了大量的国际上的有关废除死刑的做法和理论，来作为论战的依据。如他们指出，当今世界绝大多数国家的死刑政策是朝着废除死刑、严格限制死刑的方向努力的。据大赦国际的最新统计，截止2003年1月1日，世界上已有76个国家（包括地区）在法律上明确废除了所有罪行的死刑，15个国家废除了普通犯罪的死刑（军事犯罪或战时犯罪除外），还有21个国家在实践中事实上废除了死刑（过去10年内没有执行过死刑、并且确信其不执行死刑的政策将继续下去或者它已向国际社会作出承诺不再使用死刑），三者加在一起是112个国家，这其中包括了英国、法国、德国、加拿大、澳大利亚、意大利、南非和俄罗斯等，相应地，保留死刑的国家只剩下83个。在过去的10年里，平均每年有3个以上的国家在法律上废除死刑（包括过去已经废除了普通犯罪死刑、现在则废除所有犯罪死刑的国家）。他们认为，世界性的废除和限制死刑运动正以从未有过的速度得到发展壮大。从1965年到1988年，大约平均每年有1个国家走上废除死刑的道路，但从1989年到2001年，却有平均每年3个国家走上废除死刑

的道路。而且，越来越多的国家在废除死刑时一步到位，而不像过去那样先废除普通犯罪的死刑，最后再废除所有犯罪的死刑。另外，废除死刑的运动也正得到跨区域的发展：在1965年废除死刑的25个国家中，只有两个是西欧和中南美洲之外的国家，但到2001年，废除死刑的国家却不仅扩大到了东欧，还扩大到了非洲和太平洋岛。例如，已有11个非洲国家彻底废除了死刑，另外11个非洲国家事实上废除了死刑；有11个太平洋岛的国家彻底废除了死刑，4个国家事实上废除了死刑。虽然在亚洲废除死刑的运动相对缓慢，但也有两个国家彻底废除了死刑，另外6个国家事实上废除了死刑（以10年内没有执行死刑为标准）。最重要的是，这种全球性的废除死刑运动在新千年里看不到减缓的迹象。因此，他们据此得出结论，中国也必然要顺应世界发展的潮流，应尽早地废除死刑。[注]

他们还提出了死刑的成本问题。他们认为，执行死刑所付出的成本要远远高于废除死刑的成本：首先，死刑的直接成本，即死刑案件的特殊诉讼程序所需要的投入。如果死刑审判要给予所有可能避免错误定罪的保障、要提供可能的最好的法律援助、要允许上诉等一系列冗长的救济、要把漫长的时间花在审判和羁押过程、在死刑案件的证据把关和证明标准上要比普通刑事案件更加严格、而最后只将已被定罪的人中的极少一部分执行死刑，该项制度的成本必然是高昂的。就中国而言，现在死刑案件的诉讼成本还比较低，但随着死刑案件的二审开庭、所有死刑案件的审理都要录音录像、死刑复核权收归最高法院、对死刑案件的法律援助等措施的落实，死刑案件成本将逐步升高。更重要的是，参照国际标准，将来死刑案件的成本还必将进一步提高，如有关国际人权公约都对死刑设置了繁复的救济程序，包括任何死刑犯均有请求赦免的权利，因此，死刑案件的耗时会更长；又如，现在不少人都主张在死刑案件的证明标准上应当达到高出普通刑事案件的程度，尤其应当有DNA这类科学证据，这无疑需要耗费更多的人力物力；还有，提高错杀冤案的国家赔偿成本，也是许多人所呼吁的。其次，死刑的间接成本，即因犯人被执行死刑而导致破案线索的中断。在一些团伙犯罪或社会关系复杂

的案件中，如果将其中的关键作案人处死，就等于使其他尚未暴露的犯罪人少了一份危险。历史上曾屡有这样的例子：有的犯罪分子可能当时嘴硬，但在事后服刑过程中、或者与狱友闲谈时、或者有一天自己良心发现的时候，都有可能有意无意地透露出其他案情或同伙，为进一步侦破其他案件提供重要信息。从这个意义上来讲，留下活口可以节省司法资源，减少破案成本。正因此，有人指出：杀掉贪官反而不利于反腐，留下他（她）就等于留下线索。[注]

反对废除死刑的学者认为，死刑是一个很古老的刑种，历史上已经存在了几千年。在中国现阶段乃至以后相当长的时间内，不可能从整体上废除死刑。死刑制度在我国的存在还是有它的必要性的。主要理由有以下三点：

第一，现实生活中还存在着极其严重的危害国家安全、危害公共安全、侵犯公民人身权利、破坏社会治安秩序的犯罪。死刑制度的存在有利于严厉惩治这些犯罪，从而坚强有力地保护国家和人民的重大利益。

第二，死刑制度的存在也有利于我国刑罚目的的实现。对于那些罪行极其严重的各类犯罪分子，只有适用死刑（包括死缓），才可以让他不能或不敢再犯罪，从而达到刑罚特殊预防的目的。同时，死刑制度的存在也使那些试图铤而走险实施严重犯罪的人有所畏惧，有所收敛，不敢以身试法，从而达到刑罚一般预防的目的。

第三，死刑制度的存在符合我国现阶段的社会价值观念，能够为广大人民群众所接受和支持，具有满足社会大众安全心理需要的功能。1995年中国社会科学院法学研究所和国家有关统计部门合作，曾经就死刑问题作了一次民意问卷调查。这次调查共发放问卷5006份，收到有效答卷4983份。调查显示，有95%以上的被调查者支持死刑。新浪网也进行过一次调查，也得出类似的结论，约有75.8%的人坚决主张保留死刑，而只有大约13.6%的人支持废除死刑。虽然这些调查的参与范围有很大的局限性，但至少在某种程度上说明公众对死刑制度是给予期待的。对这种民意进行剖析，可以发现，大致有以下两种心理驱动因素：

一是公众的报应观。自古以来，我国就有杀人偿命、睚眦必报、同忾复仇、以牙还牙、以血还血这样一些说法。死刑的存在不仅符合我国民众的价值观，而且也符合公众所保有的杀人偿命等报应心理。在普通民众看来，死刑往往被看作是实现等价惩罚的必要手段。二是公众的安定性要求。公众对社会安定秩序稳定的内心期待，对死刑的命运有着重大影响。如果说公众的等价惩罚的要求体现了一种报应观，那么这种内心的期待则体现了刑法的预防观念。在普通民众看来，一旦废除死刑，对本该处死的犯罪人只能判处无期徒刑，而如果不能严格规范刑法的执行制度，那么一些受刑人经过一次或数次减刑以后，就会很快获得自由。结果就只能是助长而不是遏制刑事犯罪。如此一来，必然使普通的民众产生一种不安全感，因为至少从理论上来讲，任何人都有可能成为严重暴力犯罪的受害者。这种可能性的存在使得普通民众觉得，废除了死刑不利于保障自己的安全。尤其是当前我国社会正处在重大转型时期，各种矛盾比较突出，严重刑事犯罪时有发生。这就更加强化了民众依赖死刑遏制严重犯罪的愿望。事实上，公众对死刑的观念也对国家关于死刑的政策产生着影响。因为任何国家和政府在制定死刑政策的时候，都不能不顾及普通民众的报应观念和期待社会安定的内心诉求。因此，可以说，公众对死刑的观念和国家对死刑作用的确信相互作用，共同构成了死刑制度得以存在的支撑点。这两个支撑点的存在，决定了当前中国绝对不可能全面废除死刑。而中国的死刑制度将在今后多长的时间内逐步废止，取决于公众的观念和国家对死刑作用的确信这两个支撑点弱化的程度和弱化的速度。[注]

还有的学者从对20世纪各国死刑废除运动的回顾的角度对世界范围内20世纪废除死刑运动的基本情况作了回顾和总结，并得出了几点启示，明确指出：废除死刑是一个国家的内政问题，往往与国家利益、民族特征、宗教信仰、国内犯罪形势和对外政治、外交活动的需要密切相连，它不仅仅是一个法律问题，而是涉及到社会、政治、经济、外交的各个方面的综合性的、关乎国家利益的问题。因而，要慎之又慎。[注]

但是，大多数学者都主张从减少死刑的罪名，限制死刑的数量入手，而逐步达到废除死刑的目的。他们指出，严格限制死刑的适用，务实而稳妥地逐步废除死刑，符合国际社会限制和废除死刑的刑罚发展趋势。随着世界人权运动的蓬勃开展，在有关国际组织的有利推动下，死刑废止的运动还会发展得更为迅速。在这种国际背景下，如果我们不对死刑的适用加以严格限制，不仅与国际社会废除死刑的趋势背道而驰，而且也必将影响我们在国际上的利益，影响中国刑法在国际上的形象。在死刑的适用上，我们应该树立一种迁移的观念，反对迷信和滥用死刑，严格限制死刑的适用。对于限制死刑的适用，立法上能够减少死刑罪名，特别是取消非暴力犯罪包括职务犯罪的死刑，应当是首选的。但是利用立法的方法必须依赖于立法的启动，而中国修订的现行刑法的实施才有几年的时间，在如此短的时间内，要求对它作大规模的修改，恐怕不够现实。可以考虑在修正案中规定，哪些罪名停止适用死刑，但估计有一定难度。相比之下，在现有框架下，通过司法严格控制死刑适用减少死刑实际适用，可操作性强一些。可以说，限制死刑的适用，推动刑法的人道化进程，刑事司法可以而且应该有所作为。㊟

通过以上的论争，使得绝大多数学者对于死刑废除的问题逐步达成了共识，他们采取了比较务实的态度，开始认真地思考一些逐步地从立法和司法的角度如何有效地去进一步地限制死刑，并且，提出了一系列的限制死刑的可行性过渡方式：废除非暴力犯罪的死刑，严格限制暴力犯罪的死刑适用；在《刑法》上明确规定死刑适用主体与适用条件限制；在刑事判决和刑罚执行中，尽量减少死刑立即执行，扩大死缓的适用；严格把握死刑执行程序，对证据不存在任何的合理怀疑，死刑的判决必须具有确凿的证据，而没有留有对事实有任何解释的余地，死刑案件必须由最高人民法院核准，是限制和减少死刑适用以及保证死刑准确适用的重要的制度性安排；执行方法实行人道主义，以减轻死刑受刑人的痛苦，实现行刑文明。㊟

（九）物权法（草案）的论争

1.论争的经过

根据《中华人民共和国立法法》第五条“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，保障人民通过多种途径参与立法活动”的规定，全国人大常委会办公厅根据委员长会议决定，2005年7月18日将《物权法（草案）》向社会公布广泛征求意见。同年8月12日，北京大学巩献田教授发表了一份题为《一部违背宪法和背离社会主义基本原则的<物权法>（草案）》的公开信。公开信中明确指出，《草案》对宪法和《民法通则》核心条款的废除是违宪的；《草案》在形式上是平等保护全国每个公民的物权，核心和重点却是在保护极少数人的物权；这是一部背离社会主义原则，开历史倒车的《物权法（草案）》。公开信最后发出紧急呼吁：1.为保持我国的社会稳定和实现建立社会主义和谐社会的战略部署，请首先讨论宪法根本原则问题、社会主义方向和道路问题，公共（国家、集体）物权和公民个人物权的关系问题；如果不这样的话，请推迟审议《物权法（草案）》。2.立即停止出售或转让国有财产，国有财产是万万不能随意出售和进入市场的！3.赶快制定已经列入国家立法规划多年，而迟迟不出台的《国有资产法》，制定《干部财产申报法》，而应该首先研究制定《国有财产流失追究特别法》。接着，他又连续发表和公开了《就教于<物权法（草案）>的某些起草者》、《关于<物权法（草案）>讨论答友人》等一系列文章和讲演。从而掀起了一场声势浩大的围绕《物权法（草案）》的大论争。在这场论争中，出现了以反对《物权法》出台或者要求其暂缓出台为要旨的一派和驳斥反对《物权法》出台的意见、呼吁《物权法》尽快出台的一派，两派意见针锋相对、剑拔弩张，并且直接引起了中国最高立法机构和中央有关领导的高度重视。吴邦国委员长为此发表了题为《<物权法（草案）>有三个问题仍要深入研究》的文章，全国人大常委会法制工作委员会主任胡康生也发表了《<物权法（草案）>修改要坚持三原则》一文。

论争开始后，两派连续发表了一系列文章，各自以鲜明的态度阐释自己的观点。赞成巩献田教授意见的文章主要有：李成瑞的《一个核心六大问题——<物权法（草案）>修改中争论的历史背景和主要内容》，左大培的《必须限制从占有到所有权的推定》、《对于<物权法（草案）>的修改意见》，杨晓青的《驳私法保护私利益，公法保护公利益》、《对<物权法（草案）>的意见》，等。2006年9月19日，巩献田、李成瑞、杨晓青等十四人联名向全国人大常委会委员长、副委员长、常委们发出了一份《关于<物权法（草案）>修改的建议》，指出了《物权法（草案）》存在的三个重大问题：一是《草案》没有表述与宪法的关系；二是《草案》中“物”的概念没有界定，并且也没有公有物与私有物、生产资料与生活资料的重要分类；三是《草案》在内容表述及用词上不仅一般公民看不懂，甚至连一般非法学专业的学者也看不懂，势必影响法律的实施。最后请求全国人大常委会委员长、副委员长、常委们要认真考虑他们的建议，以捍卫宪法和社会主义制度。

反对派的意见一发表，立即迎来了《物权法（草案）》捍卫者们的强烈的反响。他们连续发表了大量的文章，并且组织召开了多次公开的研讨会，努力驳斥所谓的《物权法（草案）》的违宪性的言论，并且解释《物权法（草案）》的合宪性和符合国情性。其中主要的、具有代表性的文章是：王利明教授的《试论物权法的平等保护原则》和梁慧星教授的《谁在曲解宪法、违反宪法？》等。这些文章从正面回答了反对派对《物权法（草案）》的攻击。捍卫者们也连续召开了多次座谈会和研讨会，回应和批驳反对派的意见。其中最具有影响力的是2005年12月7日在广州举行的“中国物权法疑难问题研讨会”，这次会议起草了一份致全国人大的签名信，主要内容是针对巩献田等人的批评进行反驳。这是《物权法（草案）》的支持者第一次以集体方式对批评声音进行的回应。此后，为了促使《物权法》尽快出台，2007年1月16日由中国法学会民法学研究会、中国人民大学法学院、中国人民大学民商事法律科学研究中心和《法学杂志》等单位联合举办的“物权法与建构社会主义市场经济体制理论研讨会”也是一次极为重要的会议。会上到会的江平、

王家福、王利明、王保树等十几位中国著名的法学家，就制定物权法的重要意义、物权法草案的合宪性、国有财产的保护与平等保护原则、《物权法（草案）》需要改进和完善的建议等重大和关键性问题，进行了热烈而又充分地讨论。会后《法学杂志》刊登了近2万字的会议综述，[注]在法学界造成了一定的影响，有力地配合了2007年3月《物权法》的出台。

在这次论争的过程中，各大媒体也纷纷利用采访、出专刊、专栏等方式反映此次论争的情况。例如，《凤凰周刊》专访了巩献田教授，《中国青年报》、《参考消息》等报刊也采访了王利明教授，法学著名学术期刊《法学杂志》专门推出了多期物权法研究专题，刊登了王利明、尹田等著名教授、学者的近20篇有关物权法立法和研究的学术论文。

这场论争直至2007年3月《物权法》出台才告一段落。

2.论争的内容

从双方发表的文章和召开的研讨会及接受采访的内容来看，此次论争的内容可以简单地概括为以下四个方面的内容：

（1）《物权法（草案）》是否背离社会主义原则?

肯定派认为：《物权法（草案）》是一部背离社会主义基本原则、开历史倒车的草案。

否认派认为：物权法的制定是在宪法基本原则指导下，对我国发展社会主义市场经济所取得的成果进行确认，并适应和引导进一步的改革开放，它是符合经济发展规律和历史潮流的。

（2）《物权法（草案）》是否违宪?

肯定派认为：《物权法（草案）》废除了《宪法》和《民法通则》中调整财产关系的最核心条款“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”，实

质上妄图用“私有财产神圣不可侵犯”的精神和原则取而代之，这是违宪的行为。

否认派认为：在商品流通领域，国家财产、个人财产要神圣就都神圣。马克思说过，商品交换是天生的平等派，只有对所有财产平等保护，商品交换才能进行，市场经济才得以建立。

（3）《物权法（草案）》是否扩大了贫富差距?

肯定派认为：现在贫富差距越来越大的情况下讲平等，就是要把乞丐的要饭棍和少数人的汽车、机器平等保护，要把普通居民的住房、危旧房和那些高级别墅一样保护，这样形成的，不是劳动的平等，而是资本的平等，这与资本主义社会有什么区别？

否认派认为：物权法不是财产分配法，是对财产分配结果的确认。无论富人穷认的财产，只要是合法获得的，物权法都要确认和保护。至于社会财产如何分配，另有专门的法律加以规定，比如税法。此外，对弱势群体的保护、对劳动权益的保护，我国有专门的社会保障法和劳动法予以保障，这些不是物权法调整的范围。

（4）《物权法（草案）》是否不捍卫公有制?

肯定派认为：对于广大劳动者和全国人民来说，公有制和国家财产这是他们每个人的物权的最重要的和最根本的基础保障和物质体现。没有国家和集体物权，每个公民的物权就没有实现的可能。

否认派认为：在个人权利和国家权力的关系上，前者永远处于弱势地位，个人权利最容易遭受国家行政权力的侵害。在改革开放以前，由于“极左”路线的影响，单纯强调对国家利益、集体利益的保护，忽视对个人利益的保护。在建国立法治国家的进程中，整个民法包括物权法必须强调对个人权利的保护。当然，这里有两个前提，一是个人利益具有合法性；二是公权的介入具有违法性。

这次论争是建国以来在立法过程中发生的最大、最激烈的一次论争，其既体现了理论上的论争，更加反映了中国公民对关系自己切身利

益的法律制度的关心程度在不断地提高，这是对中国三十年来法制建设所取得的成就的一次检验，在中国立法史上必将写下凝重的一页。

二、九次论争对我们的启示

上述的中国改革开放30年来法学界开展的九次重大理论问题的论争，极大地促进了中国法学的发展，也给我们提出了许多可贵启示：

（一）重大法学理论问题的论争是繁荣法学研究、促进国家法制建设的重要的催化剂和润滑油。

从中国法学界的历次论争的结果和成就中可以发现，每一次的论争，都会对该领域的研究和立法产生积极的推动作用。例如，通过对法律面前人人平等问题的论争，促使将此重大理念和原则写进了宪法和其他基本法律之中，成为中国法治的一项重要原则。通过对法治和人治的论争，“依法治国”被写进了中国《宪法》，法治的观念和思想开始深入人心，中国也逐步走上了从人治向法治转变的道路。再如，通过对于《物权法（草案）》的论争，推动了法学界对《物权法》基础理论的进一步深入的研究。特别是2006年以来，中国法学界针对反对派提出的《物权法（草案）》中诸如国有资产的保护，国家、集体和个人私有财产的平等保护等现实的和敏感性的问题，展开了更加深入、细致的研究，使得2007年通过的《物权法》更加成熟。可见，论争既是学术发展的必要，也是学术发展到一定阶段的必然结果，没有激烈的、具有针对性的论争，就没有法学的发展与创新。

（二）重大法学理论问题的论争是培养和造就法学新人的孵化器和摇篮。

在每一次重大的理论问题的论争中都会涌现出一大批优秀的法学新人，他们的敏锐的触角、不拘一格的学术风格、灵活崭新的学术思想，都会充分地体现在论争过程中，可以说，论争的过程既是他们展现才华的舞台，也是他们经受考验和锻炼的试验场。只有经过这种重大征战的磨砺和熏陶，他们才能逐步成长起来，成为法学研究的新军。在这次关于死刑废除的论争中，就涌现出了一大批优秀的刑法学人才。

（三）重大法学理论问题的论争往往出现在国家政治经济将要发生或者正在发生重大变革的时期。

经济基础决定上层建筑，而上层建筑又必须反映和适应经济基础发展的需要。20世纪七八十年代发生的关于法的本质的论争以及九十年代发生的关于人治与法治的论争，明显地就是时代的产物和需要。没有对于经济发展的要求，就没有关于法的本质的论争，也就不会有《民法通则》等法律的出台，更不会有以后思想的解放和改革开放的深入的开展。没有经济发展的前提条件，也就不会有关于人治与法治的论争，就不会出现依法治国的宪法理念以及一系列的治国方略和措施的出台。

（四）重大法学理论问题的论争往往与国际影响密不可分，有时甚至是国际潮流或者发展趋势的必然结果。

上述的关于权利本位与义务本位的论争以及死刑废除的论争等，都是在国际潮流或者发展趋势的影响下展开的，没有当时国际化潮流的影响，就不会有对于这些问题的论争。

（五）学术上的不同观点的论争是学术发展的必然要求，其论争的过程就是学术发展的过程，这是我们应当提倡和发扬的优良传统。

可以认为，如果没有上述这几次重要的论争，中国法学也不会有如此快速的发展。中国的法学研究在最短的时间内走过了其他国家需要用几十乃至上百年才能达到的目标。现在，中国的具有自己特色的法学理论体系已经建立起来，各个部门法学的基本理论体系的框架已经基本构建完毕，各个层次、层面的学术人才梯队已经初步形成，中国法学研究不乏优秀的整齐的人才队伍。这些成就的取得与历次法学理论问题的论争是分不开的。

（六）学术讨论必须坚持百花齐放的方针。

在学术论争中要允许各种观点和学派充分发表意见，只有这样，学术研究才能得到健康的发展。历史证明，只有经过充分、激烈的论争，有关的学术问题才能得出切合实际和符合历史发展规律的结论，才能有益于社会的良性发展。上述的关于“法律面前人人平等”、“人治”“法治”的论争，以及关于《物权法（草案）》的论争，就是最好的例证。

以上，作者用了较大的篇幅对于中国改革开放以来30年间法学界发生的九次重大的理论问题的论争的过程和内容作了一次简要的巡礼。作者希望通过这样的总结性工作，对于中国以后的法学研究和立法工作提供一些可供借鉴的经验，也希望这篇不成熟的文字，能够起到抛砖引玉的效果，引起大家认识到研究和总结历史经验的重要性及兴趣，以期对中国的法学发展能够起到一定的推动作用。

（原载于《大庆师范学院学报》2009年第1、2期）

---

1. 韩述之主编：《中国社会科学争鸣大系（政治学法学卷）》，上海，上海人民出版社1991年版，第209页。
2. 张友渔主编：《中国法学四十年》，上海，上海人民出版社1989年版，第82页。
3. 周凤举："法单纯是阶级斗争工具吗？——兼论法的社会性"，《法学研究》1980年第1期。
4. 熊继宁："法的本质是社会性和阶级性的统一"，《法学》1986年第2期。
5. 张宗厚："略论法的概念和法的质的规定性"，《法学研究》1986年第6期。
6. 李林："关于法的本质的思考"，《中国社会科学院研究生院学报》1987年第3期。
7. 殷勇："论法的超阶级性"，《法学研究》1986年第4期。
8. 李步云：《法理学》，北京，经济科学出版社2000年12月版，第52页。
9. 程辑庸："社会主义法律的平等原则不能割裂"，《社会科学》1980年第5期。65
10. 该观点认为，中国民法调整社会主义社会一定范围的财产关系和人身非财产关系。
11. 该观点认为，中国民法调整的是公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产所有关系、财产流转关系和人身关系。
12. 该观点认为，中国民法调整的社会关系的核心是中国社会主义的商品关系。
13. 参见佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，北京，中国人民公安大学出版社1990年版，第24页。
14. 郑成良：《权利本位说》，《政治与法律》1989年第4期。
15. 马图佐夫："发展中的社会主义法律体系"，《苏维埃国家与法》1983年第1期，转引自张文显："'权利本位'之语义和意义分析"，《中国法学》1990年第4期。
16. 参见郑成良：《权利本位说》，《政治与法律》1989年第4期。
17. 郑成良：《权利本位论——兼于封白贤同志商榷》，《中国法学》1991年第1期。
18. 郑成良：《权利本位说》，《政治与法律》1989年第4期。
19. 参见张恒山："法的重心何在？——评'权利本位'说"，《政治与法律》1989年第1期。
20. 参见张恒山："论法以义务为重心——兼评'权利本位说'"，《中国法学》1990年第5期。
21. 王子琳："关于法与权利问题之我见"，《政治与法律》1990年第1期。
22. 张光博："权利和义务的社会价值"，《当代法学》1990年第2期。
23. 李中圣："关于权利与义务相互关系问题的论辩"，《当代法学》1990年第2期。
24. 参见郭宇昭："析'权利本位'说"，《中国法学》1991年第3期。

25. 谷安梁："试谈讨论人治、法治问题的实质和意义"，《法治与人治问题讨论集》，北京，群众出版社1981年版，第300页。

26. 谷安梁："试谈讨论人治、法治问题的实质和意义"，《法治与人治问题讨论集》，北京，群众出版社1981年版，第300页。

27. 参考沈宗灵："既不宜作为口号提倡，也不宜作简单地否定"，《法治与人治问题讨论集》，北京，群众出版社1981年版。

28. 参见"摒弃人治与法治的陈旧观念开展有关加强社会主义法制的科学研究"，《法治与人治问题讨论集》，北京，群众出版社1981年版。

29. 参见范明辛："抛弃'人治'、'法治'的提法"，《法治与人治问题讨论集》，北京，群众出版社1981年版。

30. 周永坤："依法治国建设社会主义法治国家理论研讨会述评"，人大复印资料《法理学法史学》1997年第5期。

31. 汪习根、朱俊："法治构造论"，人大复印资料《法理学法史学》2001年第9期。

32. 周永坤："依法治国建设社会主义法治国家理论研讨会述评"，人大复印资料《法理学法史学》1997年第5期。

33. 曹建明："从'法制'到'法治'"，人大复印资料《法理学法史学》1998年第2期。

34. 黄稻："法制和法治辨析"，人大复印资料《法理学法史学》1998年第2期。

35. 张中秋："法治及其德治关系论"，人大复印资料《法理学法史学》2002年第9期。

36. 黎培鏐、蒋恩慈："无罪推定原则的积极意义"，上海《社会科学》1980年第3期。

37. 宁汉林："论无罪推定"，《中国社会科学》1982年第4期。

38. 高洪宾："从无罪推定看免于起诉的存废"，《政治与法律》1996年第2期。

39. 谢佑平主编：《刑事诉讼国际准则研究》，北京，法律出版社2002年版。

40. 林欣："无罪推定还是'无罪假定'？"，《中国社会科学》1983年第3期。

41. 杨连峰："新刑事诉讼法基本原则增补条文刍议"，《法学评论》1996年第6期。

42. 甄贞：《刑事诉讼法学研究综述》，北京，法律出版社2002年版。

43. 胡石友："刑诉中的无罪推定原则"，《法学杂志》1997年第4期。

44. 王秉新："关于无罪推定原则的探讨"，《西南政法学院学报》1979年第1期。

45. 罗新民："无罪推定不是社会主义的诉讼原则"，《法学季刊》1982年第3期。

46. 王桂五："评无罪推定的诉讼原则"，《法学》1984年第4期。

47. 周国均："试论确立'罪从证定'原则"，《政法论坛》1991年第3期。

48. 吕中亚："新刑诉法建构起适合国情的无罪推定原则"，《法学》1996年第6期。

49. 李佑标："论确定有罪权由人民法院行使原则"，《政法论坛》1997年第2期。

50. 陈瑞华："正当程序与控制犯罪的平衡"，《中国律师》1997年第2期。

51. 高洪宾："从无罪推定看免于起诉的存废"，《政治与法律》1996年第2期。

52. 参见樊崇义："《刑事诉讼法》再修改的理性思考"（上），《法学杂志》2008年第1期。

53. 沈德咏："关于无罪推定原则的新思考"，《争鸣》1990年第2期。

54. 叶青："浅析疑罪从无原则"，《法学》1996年第7期。

55. 夏锦文："无罪推定原则的意义解读"，《中国诉讼法学会2002年年会论文》。

56. 以上关于民法典编纂思路的内容可参见梁慧星："当前关于民法典编纂的三条思路"，徐国栋编：《中国民法典起草思路论战》，北京，中国政法大学出版社2001年10月版。

57. 参见徐国栋："两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义"，徐国栋编：《中国民法典起草思路论战》，北京，中国政法大学出版社2001年10月版。

58. 参见张谷："质疑'新人文主义'——评徐国栋'两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义'"，徐国栋编：《中国民法典起草思路论战》，北京，中国政法大学出版社2001年10月版。

59. 梁慧星："民法典不应单独设立人格权编"，《法制日报》2002年8月4日；梁慧星："中国民法典编纂中的几个问题"，《人民法院报》2003年4月30日。

60. 尹田："论人格权独立成编的理论漏洞"，《法学杂志》2007年第5期。

61. 参阅杨立新："论侵权行为一般化和类型化以及我国侵权行为法立法模式选择"（上），http://www.civillawcom.cn/werzhang/default. Asp? id=12496。

62. 参阅杨立新："论侵权行为一般化和类型化以及我国侵权行为法立法模式选择"（上），http://www.civillawcom.cn/werzhang/default. Asp? id=12496。

63. 王利明："关于我国民法典之体系再思考"，《海峡两岸民法典理论研讨会论文集（大陆学者论文）》，2003年11月于烟台，第223—224页；孙森淼："中华人民共和国民法草案立法编制初探"，《海峡两岸民法典理论研讨会论文集（台湾地区及外国学者论文）》，2003年11月于烟台，第1页。

64. 参阅马俊驹："对我国民法典制定中几个焦点问题的粗浅看法"，《民商法前沿论坛》第一辑，北京，人民法院出版社2004年3月版，第193页。

65. 余能斌主编：《民法典专题研究》，武汉，武汉大学出版社2004年版，第392~393页。

66. 参见顾昂然："关于《中华人民共和国民法（草案）》的说明"，顾昂然：《立法札记》，北京，法律出版社2006年8月版。

67. 参见刘仁文：《死刑政策：全球视野及中国视角》，载正义网，访问时期：2008年2

月4日。

68. 刘仁文：《死刑的成本》，载正义网，访问时期：2008年2月4日。

69. 2006年11月29日，高铭暄教授在中国人民大学法学院“明德刑事法论坛”上的演讲，正义网，访问时期：2008年2月4日。

70. 苗延波：《20世纪各国死刑废除运动的回顾及评述》，《法学论坛》2005年第6期。

71. 2006年11月29日，高铭暄教授在中国人民大学法学院“明德刑事法论坛”上的演讲，正义网，访问时期：2008年2月4日。

72. 王秀梅：“中国废除死刑可行性的思考”，京师刑事法治网，访问时期：2008年2月4日。

73. 参见郑小敏：“‘物权法与建构社会主义市场经济体制理论研讨会’会议综述”，《法学杂志》2007年第2期。

先秦时期民本思想初探

一、春秋之前的保民思想

中国的民本思想可谓源远流长。早在上古时期，在华夏这片土地上就已经出现民本意识的萌芽，经商周两代及春秋战国儒家等继承发展之后，成为了儒家君主治国哲学的核心理念。其基本内涵是一种重视民众在社会生活中的重要地位，把民众视为国家之根本的政治法律学说。

在商代后期，以商纣为代表的统治者，一方面对普通民众实施极端的专制统治和暴政，另一方面对统治阶级内部的一些比较开明的、敢于提出不同政见的贵族和官吏实施残酷的打击，致使社会矛盾迅速激化。而在此时，商代统治集团中一些比较有思想且开明的政治家们已经预感到社会的危机，他们开始怀疑以往对于“天命”的认识。所谓“天命”即指上天之意旨，由天主宰的命运。《尚书·盘庚上》：“先王有服，恪谨天命。”在中国古代哲学中把天当作神，天能致命于人，决定人类命运。“天命”说早在殷周时期已流行。从古器物发掘中所见到的甲骨卜辞、彝器铭文，说明了当时统治者自称“受命于天”，把自己的意志假托为上帝的命令，称之为“天命”，用来作为对人民进行统治和压迫的合理依据。殷商早期和中期的统治者就以此理论作为他们的政治统治的工具。然而到了殷商后期，随着阶级矛盾的不断激化，殷商统治集团中的一部分人开始怀疑此理论。他们针对社会现实提出了要尊重人民，统治才能长久的思想。

在推翻殷商统治的过程中，西周统治者针对殷商的残暴统治和民众

对商纣王的怨恨，提出了“以德配天”的思想。其目的是为了打破所谓“天命”思想，而为推翻殷商政权制造理论依据和赢得民众的支持。周建国后，周公总结了殷商“自绝于天，结怨于民”的灭亡教训，系统地提出了“以德配天”和“敬德保民”的统治思想，而保民思想则又是其中的重中之重。西周保民思想的主要内容有五。

其一，民惟邦本，本固邦宁。《尚书·五子之歌》说：“民可近，不可下；民惟邦本，本固邦宁。”意思是，对待民众只可亲近，不可凌驾于他们之上；只有民众才是立国的根本，根本稳固了，国家才会安宁。《尚书·皋陶谟》说：“天聪明，自我民聪明；天明畏，自我民明畏。”意思说，民众的行为反映了天意，所以天子应重视民意。

其二，尽心于民，勤政无逸。周公教导卫康叔“往尽乃心，无康好逸豫，乃其义民。”注他要求不同的权力地位的人，要自觉地不耽于逸乐。

其三，以民为监，顺乎民心。提倡“人无于水监，当于民监，”注应“谋及庶人。”注要求在上位者应以民情为镜，请听民意。《尚书·泰誓》载周王所言：“天衿于民，民之所欲，天必从之。”“惟天惠民，惟辟奉天。”“天视自我民视，天听自我民听。”申明周王的伐商是顺天保民。

其四，爱民如子，体恤民情。据《尚书·洪范》，箕子告武王“天子作民父母，以为天下王”。周公告戒卫康叔“若保赤子，惟民其康义。”注周公要成王象商王祖甲那样“爱知小人之依，能保惠于庶民，不敢侮鳏寡。”注

其五，禁止虐民。周公曾告戒诸侯以夏桀“不肯戚言于民”、“乃大降罚”为鉴，不能暴虐民众。周公提醒成王不要“乱罚无罪，杀无辜。”注

西周保民思想的核心目标是如何得到民心，巩固政权，因此，其有着明显的实用主义和维护统治的色彩和目的。但是，《尚书》应当是较

早集中讨论民的地位的作用，进而提出民本思想的文典。也是民本思想产生的渊薮。(注)

二、春秋时期的民本思想

到春秋时期，经济社会进一步发展，科学技术水平有了一定程度的提高，同时，由于周室逐渐衰微，周天子常常处于被诸侯挟持、冷落，甚至遗弃的境地，社会处于一种变革和动荡不安之中，人们对于“天命神权”的思想更加动摇，因而产生了“重民轻神”的思想。如：郑国子产认为：“天道远，人道迩。”管仲则提出“政之所兴，在顺民心；政之所废，在逆民心。”(注)

（一）孔子的民本思想

春秋民本思想直接来源于西周保民思想。对该思想集大成者即孔子。孔子所处的时期——春秋时期是一个“礼崩乐坏”、各诸侯国日渐强盛、西周王朝逐渐衰落的历史时期。孔子的民本思想是对当时社会现状的反映，也是对上述殷周至春秋时期民本思潮的继承、总结与发展，他远继周公，近承管仲、子产，并进一步发展，进而形成了较前人相对完善的民本思想。

孔子的民本思想主要体现在《论语》之中，其他儒家经典，如《大学》、《礼记》、《春秋》中也能反映出一些孔子所倡导的民本思想。概括起来，孔子的民本思想主要体现在以下几个方面：

1.认识到人民的重要性

《论语·颜渊》中有鲁哀公与有若的一段对白："哀公问于有若曰：'年饥，用不足，如之何？'有若对曰：'盍彻乎？'曰：'二，吾犹不足，如之何其彻也？'对曰：'百姓足，君孰与不足？百姓不足，君孰与足？'"最后一句话的意思是，假如百姓的用度够，您国君的用度怎么会不够呢？假如百姓的用度不够，您国君的用度又怎么会够呢？有若此言，深得君民一体之意，一个为民父母的君主应该行"仁政"于天下，要做到"得民心"，方能成功地统治一国人民。此即所谓"得民心者得天下"、"船能载舟亦能覆舟"之理也。

《论语·尧曰》记载孔子所说的话："谨权量，审法度，修废官，四方之政行焉。兴灭国，继绝世，举逸民，天下之民归心焉。所重民、食、丧、祭。"其中的最后一句话就是讲明：国家应重视的是人民、粮食、丧葬、祭祀。在此，人民是居于首位的；而民又以"食"为本，故也在"民"的范畴之内；重视"丧"、"祭"也是为了使人民遵守人伦道德，重视和继承先人的思想和品德，而增加归属感和凝聚力。

2.惠民、富民、教民

《论语·子路》中有一段孔子与其弟子冉有的一段对话："子适卫，冉有仆。子曰：'庶也哉！'冉有曰：'既庶矣，又何加焉？'曰：'富之。'曰：'既富矣，又何加焉？'曰：'教之。'"。这段话的意思是：孔子到卫国去，冉有给他驾车。孔子看到卫国的百姓众多，感慨道："卫国的人口真多呀！"冉有问道："人口已经够多了，还要再做些什么呢？"孔子回答说："要使他们富裕起来。"冉有说："富裕起来以后又还再做些什么呢？"孔子说："对他们进行教育。"

春秋时期各国的土地资源相对丰富而人口较少，而一国国力的强弱在很大程度上取决于人口的多寡，人口多，则社会物质财富丰富，国家收入多，军队人数多，国力强盛；反之，若人口少，则情况完全相反。如果要增加人口，要么通过战争扩张领土，掳掠人口，要么就是实行惠民政策，让人口自然增加。孔子历来主张用后一种手段来增加人口，进

而达到增强国力的目的。而人口增加之后，紧随而来的问题就是如何让人民生活得更好。这就是孔子提到的“富民”。富民的主张既符合人民的切身利益，也与统治者的利益息息相关。渴望富裕是所有人民的天然愿望，谁也不愿意生活在贫穷的国度里，国度的贫困不仅会阻碍社会的发展，更会引发严重的政治危机，这也直接关系到统治者的切身利益。因而，孔子的富民思想乃千百年来颠扑不破的真理。那么，人民富裕了之后，又该如何呢？孔子又指出，就是在民众富裕的基础上，对其施以教化。孔子教育民众的根本内容是德与礼，试图把贵族的品德与礼中可施于民而有利于巩固贵族统治秩序的部分，传播推广到民众之中，以加强对民众的思想教化。当然孔子所说的教化（教育），有着当时历史的深刻烙印，那就是用孔子所大力推崇的周礼和他所提倡的道德理念来教育人民，也包括统治者，让人民和统治者共同遵守德与礼，国家才能真正走向昌盛。这里所提的德与礼，可以理解为使民众们孝亲敬长，兴仁让之俗，富则不徒富，让他们为社会提供服务，并承担一定的责任。而统治者则要勤政为民，薄其赋敛，使百姓丰衣足食，无贫乏之患。富而不教，则饱暖逸居，乖争易起，安能长保其富乎？

可见，孔子在这里所提倡的首先是国家要颁布和实施惠民政策，使民众得以在一个宽松的政治环境中为获取财富和实现自己的目标而奋斗。其次，国家还要施行确保民众通过自身努力奋斗能够得到富裕的生活政策和法令，达到富民的目标。再次，在实现富民目标之后，国家还负有教民的责任，通过有效的教育，使民众知耻而格，敬德守法，各尽其才，各尽其用。唯此才能达到和谐的境界。

惠民、富民、教民之间也是一个循序渐进、梯次发展的过程。首先要具有惠民政策，才能达到富民的目标，在富民的基础上才能实现教民，才能达到和谐的社会境界。

3.节用爱民

《论语·学而》中有一段话：“道千乘之国，敬事而信，节用而爱

人，使民以时”。这段话的意思是：治理一个拥有千辆战车的大国，其要道有五件，其一是要敬事，就是要兢兢业业、严谨认真地办理国家事务，不能有丝毫怠慢之心，则所处皆当，而自无有于败事矣。其二要讲信，就是要恪守信用，诚实无欺。人君之大宝，若赏罚不信，则人不服从，号令不信，则人难遵守。做为统治者必须诚实不贰，凡一言一动都要内外相孚，始终一致，而足以取信于人，则人自不至于欺罔矣。其三要节用，治理国家必须量入为出，加意撙节，凡奢侈的用度，冗滥的廪禄，不急的兴作，无名的赏赐都要裁省。只是用其所当，则财常有余，而不至于匮乏矣。如此百姓也不会因赋税过于繁重而过度劳作，而引发民怨沸腾。其四要爱人，统治者爱民乃对其基本要求，不能爱人，何以服众，凡鳏寡孤独、穷苦无依的，水旱灾伤、饥寒失所的，都应加意周恤，使皆得遂其生，则国安定矣。其五要使民以时，凡国有造作营建，兴师动众之事，必待那农事已毕之后，才得役使，不误耕种，不碍收成，则民得以尽力于生产，而国家富足矣。否则，将民不聊生矣。

此五者乃治国之要道，若能体而行之，则四海之广，兆民之众，治之无难。可见，为政者的一切作为，都应当考虑到民众的利益，凡事均应以民生为本。

孔子是继承和发扬了殷周的保民思想，并进而提出了带有时代色彩的我国最初的民本思想，为未来这一思想的发展奠定了基础，提供了渊薮。

（二）管子的民本思想

管仲（约公元前723或前716年—公元前645年），名夷吾，又名敬仲，字仲，春秋时期齐国著名的政治家、军事家，颍上（今安徽颍上）人。管仲少时丧父，老母在堂，生活贫苦，不得不过早地挑起家庭重担。为维持生计，与鲍叔牙合伙经商后从军，到齐国，几经曲折，经鲍叔牙力荐，为齐国上卿（即丞相），被称为“春秋第一相”，辅佐齐桓公

成为春秋时期的第一霸主。管仲的言论见于《国语·齐语》，另有《管子》一书传世。

管仲注重经济，反对空谈主义，主张改革以富国强兵，他说：“国多财则远者来，地辟举则民留处，仓禀实而知礼节，衣食足而知荣辱。”[注]齐桓公尊管仲为“仲父”，授权让他主持一系列政治和经济改革：在全国划分政区，组织军事编制，设官吏管理；建立选拔人才制度，士经三审选，可为“上卿之赞”（助理）；按土地分等征税，禁止贵族掠夺私产；发展盐铁业，铸造货币，调剂物价。

管仲改革的实质，是废除奴隶制，向封建制过渡。管仲改革成效显著，齐国由此国力大振。对外，管仲提出“尊王攘夷”，联合北方邻国，抵抗山戎族南侵。这一外交战略也获得成功。

春秋时期，诸侯并起、争霸称雄、社会动荡，管仲以政治家的胆识、思想家的睿智，洞彻社会发展趋势，胸怀宏伟政治抱负，在实践中形成了丰富多彩的具有鲜明时代特色的治国思想。

管仲的著作，收入《国语·齐语》和《汉书·艺文志》。《管子》共24卷，85篇，今存76篇，内容极丰，包含道、名、法等家的思想以及天文、舆地、经济和农业等方面的知识，其中《轻重》等篇，是古代典籍中不多见的经济文作，对生产、分配、交易、消费、财政、等均有论述，是研究我国先秦农业和经济的珍贵资料。

管子的思想在华夏文明的历史发展长河中，有着承上启下的作用，上承夏、商、周，而下启春秋战国时期的百家争鸣。管子思想的过渡作用表现在：管子揭示了人存在的层次性，从而使中国传统哲学的理论模型同中国传统哲学的研究对象之间实现了密切的结合，为克服周易和五行说通过比附来理解和说明人的弊端奠定了必要的基础。管子思想的过渡作用还表现在管子的思想也搭建起了儒与道分化的桥梁，既包含着丰富的儒家思想资料，也包含着丰富的道家思想资料。

笔者认为，在管子的思想体系中，最能够体现其特点的当数对于人

存在的层次结构的认识。

周朝末年，伴随周邦作为系统中心要素的系统地位的动摇，中国陷入了剧烈的社会动荡，人的群形态的矛盾作用空前加剧，系统中心要素中心地位的稳固对系统发展的重要作用得到了空前的彰显，同这样的历史事实相对应，管子提出：“天下不患无臣，患无君以使之；天下不患无财，患无人以分之。”(注)他把史伯的“先王以土与金木水火杂，以成百物”的思想同对人的认识紧密结合起来，并成为儒家强调阳作为系统中心要素的地位和作用思想先导。基于对人存在的层次结构的认识，管子提出：“有身不治，奚待于人？有人不治，奚待于家？有家不治，奚待于乡？有乡不治，奚待于国？有国不治，奚待于天下？天下者，国之本也；国者，乡之本也；向者，家之本也；家者，人之本也；人者，身之本也；身者，治之本也。”(注)并提出礼、义、廉、耻作为国之四维，为儒学的产生准备了完备的理论模型和丰富的思想资料。

在管子的思想中，同时也包含着道家思想产生的一些思想资料。管子似乎也隐约觉察到片面强调阳可能产生的弊端，在《管子》一书中，也提出了“道”这个范畴，“虚无无形之谓道，化育万物之谓德。”(注)“无为之谓道，舍之之谓德，故道与德无间。”(注)，认为：“夫静以作，时以为主人，时以为客，贵得度。知静之修，居而自利；知作之从，每动有功。故曰：无为者帝。”(注)并进一步认为：“无德无怨，无好无恶，万物崇一，阴阳同度，曰道。”(注)

正是基于对人的存在的层次结构的认识，管子提出了系统的以富民强国为核心的民本思想。

总结管子的民本思想，笔者将其概括为以下10个方面的内容：

1.以民为本

管仲针对春秋时期各国争霸、民间疾苦频频的现状，提出：“国之

所以为国者，民体以为国。”[注]其意即：国家之所以成为国家，是由于人民这个根本才成为国家。民众既是社会的主体，想要争夺天下，必须争取民众的拥护；想要成就王业，必须从民欲，顺民心。他提出“政之所兴，在顺民心；政之所废，在逆民心。”[注]就是说政策法令的好坏，要以是否符合民心来衡量。

管子认为，要做到顺应民心，从民所欲，一是在实践中了解民情，时刻注意关心民众的疾苦。“民恶忧劳，我佚乐之；民恶贫贱，我富贵之；民恶危坠，我存安之；民恶来绝，我生育之。”[注]民众厌恶忧劳、贫贱、灾祸、死亡而喜欢安逸、富贵、稳定、生存。那么，国家在制定方针政策时，就应顺民众的这种心理要求。二是采取“予之为取”的政策。“予”是指统治者在政治、经济上对民众采取的一种宽惠的政策。“取”则是获得民众的支持，达到经济上富国、军事上兵强，政治上称霸的目的。他们根据人们好获利而恶夺取的普遍心理，采取一种“取之无形，予之有形”的隐蔽方法。“民予则喜，夺则怒，民情皆然。然王知其然，故见予之形，不见夺之理。故民爱可洽于上也。”[注]这样，就能得到民众的支持和拥戴。因而，他提出了“齐国百姓，公之本也，”[注]“夫霸王之所以始也，以人为本，”[注]“得众而不得其心，则与独行者同实。”[注]

2.畜之以道，养之以德

管子十分注重君主对民众道德的培养对于社稷安宁的重要性。他指出：“畜之以道，养之以德。畜之以道则民和，养之以德则民合。和合故能习，习故能谐，谐习以悉，莫之能伤也。”[注]他第一次提出了人民衣食是否丰足与人民道德之间的关系。他说：“凡由地牧民者，务在四时，守在仓廪。国多财则远者来，地辟举则民留处；仓廪实则知礼节，衣食足则知荣辱；”“不务天时则财不生，不务地利则仓廪不盈。野无旷则民乃荒，上无量则民乃妄，文巧不禁则民乃淫，不障两原则刑乃

繁。”在此荀子提醒君主应注重四时农事，使人民衣食丰足，才能安定民心；反之，如果君主奢靡无度，田地荒芜，那么，人民就会不务正业，胡作非为，犯罪之人就会增多。

既然“仓廪实则知礼节，衣食足则知荣辱。”那么，如何让民众知礼节、荣辱呢？管子继而提倡“九惠之教”，“得有六兴”社会上下形成老老、慈幼、恤孤、养疾、合独、问疾、通穷、振困和接绝的良好道德风尚。管子认为在提倡道德方面，要突显家族的作用，《管子·问》篇中提到：“问国之弃人何族之子弟也？”“问乡之贫人，何族之别也？问宗子之收昆弟者，以贫从昆弟者几何家？。”《管子·小匡》中明确规定：“是故伍卒之人，人与人相保，家与家相爱，少相居，长相游，祭祀相福，死丧相恤，祸福相优，居处相乐，行作相和，哭泣相哀。”这种家族治理理念为后来历代思想家和统治者所接受，成为中华文化中一个突出的特点，反映了宗族制度在中国政治体系中的作用，它实际上是国家权力在地方上的延伸。

3.政之所兴，在顺民心

管子在国家的统治与民心的关系方面也做了十分精辟的论述，他认为：“政之所兴，在顺民心；政之所废，在逆民心。民恶忧劳，我佚乐之；民恶贫贱，我富贵之；民恶危坠，我存安之；民恶灭绝，我生育之。能佚乐之，则民为之忧劳；能富贵之，则民为之贫贱；能存安之，则民为之危坠；能生育之，则民为之灭绝。故刑罚不足以畏其意，杀戮不足以服其心。故刑罚繁而意不恐，则令不行矣；杀戮众而心不服，则上位危矣。故从其四欲，则远者自亲；行者四恶，则近者叛之。故知予之为取者，政之宝也。”在此管子指出，政令的推行在于顺应民心，靠刑罚是不足以使人民畏惧的，要想向人民索取就首先给予，满足人民的愿望，这是治国的法宝。统治者应度量民力，顺民心而行事，使人民富裕，就可以事无不成。这种思想对于今天来说也是很珍贵的。

4.合而听之则圣

管子认为，对于民众对统治者所施行的政策的好恶和评价，以及君与民的关系好坏，是十分重视的。他指出：“夫民别而听之则愚，合而听之则圣。虽有汤武之德，复合于市人之言。是以明君顺人心，安情性，而发于众心之所聚。是以令出而不稽，刑而不用。先王善与民为一体，与民为一体则是以国守国，以民守民也。”[注]此即所谓统治者必须倾听人民的意见，推行的政策必须符合人民的意愿。君与民之间是一体的关系，只有人民与君主上下一体，同心同德，国方可兴、可安。

5.取于民有度

管子的民本思想中惜民力、亲近民众思想也十分突出。他指出：“故取于民有度，用之有止，国虽小必安；取于民无度，用之不止，国虽大必危。”“欲为天下者，必重用其国；欲为其国者，必重用其民；欲为其民者，必重尽其民力。”“厚爱利足以亲之，明智礼足以教之。”[注]可见，管子已经认识到君主重惜民力，付出厚爱和厚利来亲近人民，申明智慧和礼节来教育人民，对于君主的统治是多么的重要。

他还进一步指出：君主“用财不可以啬，用力不可以苦。用财啬则费，用力苦则劳。民不足，令乃辱；民苦殃，令不行。”[注]接着他又发挥了这一观点：“如以予人财者，不如无夺时，如以予人食者，不如毋夺其事。”[注]就是说，君主给予民财不可以吝啬，征用民力不可以过度，否则政令则无法贯彻，统治则会失效，祸乱则会发生，国家则无宁日矣。

6.治国之道必先富民

管子作为治国者，十分明白藏富于民对于国家发展的积极作用。因而，他在阐述富民理论的同时，也积极推行富民政策。他指出：“凡治

国之道，必先富民。民富则易治也，民贫则难治也。奚以知其然也？民富则安乡重家，安乡重家则敬上畏罪，敬上畏罪则易治也。民贫则危乡轻家，危乡轻家则敢凌上犯禁，凌上犯禁则难治也。故治国常富，而乱国常贫。是以善为国者，必先富民，然后治之。”[注]可见，君主应当与民同利，才能消除人怨，避免祸乱的发生。如果民贫而国富，人民定会不满，况民贫者无以应对无端之灾难，国一有难，或者国有不稳，贫者必群起而攻之，则国亦无宁日矣。因此，管子提出“民富君无以贫，民贫君无与富。故赋无钱布，府无藏财，赀藏于民。”[注]明确了藏富与国家富强之间的关系。从而使得：“牧民者厚收善岁以充仓廪。”“其收之也，不夺民财；其施之也，不失其有德。富上而足下，此圣王之至事也。”[注]“使万室之都必有万钟之藏，藏繦千万；使千室之都必有千钟之藏，藏繦百万。”[注]

为了达到富民的目的，管子十分重视工商业的发展。他认为：“工事无刻镂，女事无文章，国之富也。”[注]“市者可以知治乱，可以知多寡，而不能为多寡，为之有道。”[注]认为发展工商业是调节供需，增加财富之业。他还认为：“士、农、工、商四民者，国之石民也。”[注]将士、农、工、商四业并列，并且做为国家之根本。进而指出：“凡将为国，不通于轻重，不可为笼以守民，不能调通民利，不可以语制为大治，是故万乘之国有万金之贾，千乘之国有千金之贾，然者何也？”[注]可见，管子对商业在国家生活中重要性的高度认识。

然而，在强调治国之道必先富民的前提下，管子并没有忘记防止贫富两极分化这一重大问题。他指出：“智者有什倍人之功，愚者有不赓本之事。然而人君不能调，故民有相百倍之生也。”管子接着谈到：“夫民富则不可以禄使也，贫则不可以罚威也，法令之不行，万民之不治，贫富之不齐也。”[注]在这里指出了贫富悬殊之害，指出国家应当调节贫富差异，使贫必有保障，对富则加以干涉，不至于发生贫富之间的冲突，而使国之不宁。

7.天下之所生，生于用力

管子身为齐国的执政者，当然明白生产力对于国家的重要性。他明确地指出："一农不耕，民或为饥，一女不织，民或为寒""天下之所生，生于用力，用力之所生，生于劳身。"[注]强调生产的重要性，认为，不举生产其他则无从谈起。他还特别强调了开垦土地的重要性："地不辟，则六畜不育；六畜不育，则国贫而用不足。"[注]"无以畜之，则往而不可止也；无以牧之，则处而不可使也。远人至而不去，则有以畜之也；民众而可一，则有以牧之也。"[注]

管子还指出，国家应当发出政令，必须要确保农业生产的按时进行，以保证农业生产的发展。"根天地之气，寒暑之和、水土之性，人民鸟兽草木之生，物虽不甚多，皆均有焉，而未尝变也，谓之则。""不明于则，而欲出号令，犹立朝夕于运均值上，檐竿而欲定其末。"[注]

8.行九惠之教

管子对于与民众生活息息相关的社会福利政策也十分关注，他指出："入国四旬，五行九惠之教。一曰老老，二曰慈幼，三曰恤孤，四曰养疾，五曰合独，六曰问病，七曰通穷，八曰振国，九曰接绝。"[注]《管子》一书中有详细的社会保障体系，确保人民的最低生活条件。

9.发其积藏，以赈贫病

民众最为畏惧和担心的莫过于自然灾害对他们人身和财产的危害。为了在自然灾害发生后进一步恢复生产，让无本的农民尽快投入劳动，管子提出由国家提供贷款。具体做法是：根据民众收入多少，酌情贷给数量不等的钱币以维持基本的农业生产。对于"无赀之家皆假之以械器、胜、籯、屑、公衣，功已而归公衣，折券，故力出于民，而用出于

上。”㊟在农时国家提供生产工具，借给无钱的百姓，等干完农活之后，归还工具，国家销毁租借时的借券。在实践中齐国也在努力实现这个目标。在《管子·轻重丁》中记载了桓公采取措施使：“贷称之家皆折其券而削其书，发其积藏，出其财物，以赈贫病，分其故赀。”这种做法沉重地打击了高利贷者，使人民可以继续生产，保证生息。

10.兴修水利，保民为本

在古代农业社会，水利是国家经济生活的命脉。管子特别注意水灾对于农业和农民利益的损害，认为国家：“沟渎不遂于隘，鄣水不安其藏，国之贫也；沟渎遂于隘，鄣水安其藏，国之富也。”㊟更认为“五害之属，水最为大。”㊟而治理五害当从治水为最重要，特“请为置水官，令习水者为吏。”“令之行水道、城郭、堤川、沟池、官府、寺舍及洲中，当缮治者，给卒财足。”㊟关于修筑堤坝，管子说道：“常令水官之吏，冬时行堤防，可治者章而上之都，都以春少之事作之，已作之后，常案行。堤有毁作，大雨，各保其所，可治者趣治，以徒隶给；大雨，堤防可衣者衣之，冲水，可据者据之。终岁以毋败为固，此为备之常时，祸何从来。”㊟国家专门设置管理治水的官员，在冬天巡查堤防，及时向中央报告，在农闲的时候破土动工，在大雨来到之前要防患于未然，提前分段维护及时修缮，确保大坝完好无损，人民财产安全不受损失。

为了确保水利工程得以完好并及时得到修缮，他还提到了以工代赈的思想：“若岁凶旱水泆，民失本，则修宫室台榭，以前无狗后无彘者为庸。故修宫室台榭，非丽其乐也，以平国策也。”㊟在灾害发生之后雇佣饥民，从事土木建设，以使他们能够维持基本的生活保障，其目的在于“平国策”而“非丽其乐”。这种以民为本的思想和做法，必然会使得农业生产得到持续的发展。此乃古代农业社会之本也。

管子是中国古代著名的政治家、军事家，也是著名的经济学家和经

济管理学家，而且，他的理论和实践是相呼应的，他的理论是为实践服务的，同时，他也十分重视实践的实证作用，他也把实践作为了应证理论的可行性的标准和基础。他把以百姓为本，作为立国、治国的根本要求，并使之与齐国现实社会紧密结合起来，提出了许多精辟而深刻的论述，并落实到具体的施政措施中去。管子堪称为中国历史上兼政治家、军事家、思想家、经济学家、经济管理学家于一身的第一人，他的治国理念和实践，尤其是其中的民本思想，是中国文化中的瑰宝，在我们大力提倡民生的今天，实在值得我们认真地学习、研究和借鉴。

三、战国时期的民本思想

战国时期民本思想的继承者和大力提倡者是墨子、孟子和荀子。

（一）墨子的民本思想

墨子是历来一直不被思想界重视的思想家，对他的思想的研究也远没有孔子、孟子、荀子等思想家那样多的成果。究其原因，主要是因为记录墨子思想的著作较少，目前仅存《墨子》一书，还是经后世搜集、整理而成的。据《墨子》可知，墨子思想，有十条五类纲领，即《墨子·鲁问》所云：“凡入国，必择务而从事焉。国家昏乱，则语之尚贤、尚同；国家贫，则语之节用、节葬；国家熹音湛湎，则语之非乐、非命；国家淫僻无礼，则语之尊天、事鬼；国家务夺侵凌，即语之兼爱、非攻。”其中兼爱和非攻是墨子思想的核心。

但是，近年来学界对于墨子的研究有了比较大的进展。2011年10月，“墨子思想的普世性和当代性”国际会议在北京大学高等人文研究院隆重召开。会议围绕着墨子而展开。会议认为，在中国先秦诸子之中，

墨子可以提供最适宜开辟中西之间文化对话通道的思想资源，也可能是最富有现代建构潜能的思想资源。“天志”的超越宗教感、“兼爱”之道、“尚贤”的政治原则、“尚同”的社会理想、“强本节用”的经济规范、“非攻”的和平主义……总之，抵制对超越界的罔顾和遗忘，反对大国之攻小国、大家之乱小家、强之暴寡、诈之谋愚、贵之傲贱，倡导“兼相爱”与“交相利”的交往准则，等等。墨学的所有这些精神资源，皆可融入今天的现代性反思，为深受高度异化扭曲的现代性折磨的现代人提供运思灵感和范导原则。与会学者从精神史、经学史、政治哲学、宗教学、科学史等不同角度，对墨子思想的普世性和当代性展开深入探讨，期待以此迈出墨学研究的新步履。[注]

墨子的主张是对春秋战国时期现实状况的反映，体现了民众的一种意愿。周朝进入春秋战国时期，战争频仍，土地荒芜，死者遍野，民不聊生，广大人民群众渴望弥兵息战，休养生息。墨子体察到下层的民情，代表小生产者及广大百姓的利益，提出了“非攻”的主张，就这一点讲，在当时是有积极的进步意义的。自古及今，不论什么形式的战争，其受害最深的首先是人民群众。墨子由此被认为中国思想史上冷落千年的伟大平民思想家。

墨子的所谓兼爱和非攻思想，在我看来，其核心内容可以概括为民本思想。主要体现在以下几个方面：

1.兼相爱——视人若己

《墨子·兼爱中》云：“然则兼相爱交相利之法将奈何哉？子墨子言：‘视人之国若视其国，视人之家若视其家，视人之身若现其身。’”其意是，看待别人的国家就好象看待自己的国家，看别人的家族就象看自己的家族，看别人的身体就象看自己的身体一样。墨子在此提出了人际交往中的一个重要原则——换位原则——“视人若己”。其基本含义就是多从对方的角度考虑问题，这样可以避免冲突。他认为，只有实现“兼

相爱”，才能“诸侯相爱则下野战，家主相爱则不相篡，人与人相爱则不相贼，君臣相爱则惠忠，父子相爱则慈孝，兄弟相爱则和调。天下之人皆相爱，强不执弱，众不劫寡，富不侮贫，贵不敖贱，诈不欺愚。凡天下祸篡怨恨可使毋起者，以相爱生也，是以仁者誉之。”[注]就是说，诸侯因相爱不再相互恶战了，家主因为相爱不再相互篡夺权与利，人人相爱不再相互残害；君臣因相爱而仁惠忠诚，父子因相爱而慈爱孝顺，兄弟因相爱而和谐协调。大下人都相爱，强者就不会控制弱者，人众就不会掠夺人少的，富裕的就不会欺侮贫穷的人，尊贵的就不会傲视低贱的，狡诈的就不会欺骗愚昧的。如此，天下所有的祸害、篡夺、埋怨、愤恨等就可以不再产生，只有这样社会上的一切祸患之源才得以消除，才能建立一个和谐的社会。这也体现了民本思想，是墨子思想的重要内容之一。

2.交相利

面对当时社会上“强之劫弱，众之暴寡，许之谋愚，贵之敖贱”[注]的弱肉强食的丑恶现象，墨子提出：“以兼相爱交相利之法易之。”[注]其意思是，用所有的人都相互爱护同时相互给予利益的方法来改变丑恶的时弊。墨子认为，做有利他人之事，并不意味着只利于他人，其实利益是相互的，因而决不可做牺牲他人的事情。牺牲他人利益的同时亦将损害自己，只有人们各不相害，彼此相利，把个人利益建立在整体利益之中，并把两者糅和在一起，才能实现富国安民之愿望。“交相利”就是互相给予对方利益，就是利他人、为他人，其深刻含义就是人的行为要利于人民、利于国家。使得投资者通过用互动的相爱来改善人们之间的关系，消除破坏性冲突，创造良好的社会环境，使社会每个成员既能“自爱”又能“爱人”，从而每个人的利益都能得到满足。这种尊重、互惠的思想，也是以民为本、民本思想体现。

3.兴天下之利

《墨子·兼爱中》云："于墨子言曰：'仁人之所以为事者，必兴天下之利，除去天下之害，以此为事者也。'"其意为，仁义之士所要做的事，必然是兴盛天下人的利益，消除天下人的危害，以此作为自己的事业。就也是说，君子要兴盛天下人的公利，消除天下人的公害。《墨子·经上八》又云："义，利也。"可见，墨子所言的"兴天下之利"，就是要兴天下之正义或公义。这也是民本思想的根本原则之所在。

墨子的"兼爱"思想，其实质就是"爱利百姓"，以"兴天下大利，除天下之害"为己任。所以墨家要求君主，皆以国家、百姓、人民之利为行动之准绳，不可妄开战事，置民于水火。

（二）孟子的民本思想

孟子自幼受儒家思想的熏习，对儒家思想产生了浓厚的兴趣，后又"私淑孔门后学"，以继承和光大儒学为毕生追求，形成了以"民本"、"仁政"、"王道"和"性善论"为主要内容的孟子学说，为儒家学说的发展立下了不朽的功勋。

孟子政治思想的核心是"仁政"，"仁政"学说是对孔子"仁学"思想的继承和发展。孔子的"仁"是一种含义极广的伦理道德观念，其最基本的精神就是"爱人"。孟子从孔子的"仁学"思想出发，把它扩充发展成包括思想、政治、法律、经济、文化等各个方面的施政纲领，就是"仁政"。"仁政"的基本精神也是对人民有深切的同情和爱心。

孟子的"仁政"在政治上提倡"民为贵，社稷次之，君为轻。"孟子主张"民有恒产"，让农民有一定的土地使用权，要减轻赋税。因此，民本思想是孟子思想的精华所在。

先秦民本思想渊源已久，《尚书·夏书·五子之歌》："民惟邦本，本固邦宁。"《谷梁传·恒公十四年》："民者，君之本也。"孟子对民本思想给以系统的发展和阐述。民本思想在孟子的政治思想中占有突出的位

置。他明确提出只有“保民”才可以“王”天下，“保民而王，莫之能御也。”[注]他提出“民为贵，社稷次之，君为轻。”[注]他认为决定统治者统治地位的政治基础是民心的向背，民心归服是统一天下的决定性因素，“桀、纣之失天下也，失其民也；失其民者，失其心也。”[注]从某种意义上说人民比君主更重要，基于这种观点，他提出“天时不如地利，地利不如人和。”[注]

孟子仁政思想主要表现在养民、教民两个方面。

所谓养民，包括了三层含义：

一是要制民之产，“是故明君必制民之产，必使仰足以事父母，俯足以畜妻子，乐岁终身饱，凶年免于死亡。”[注]“民之为也，有恒产者有恒心，无恒产者无恒心。苟无恒心，放辟邪侈，无不为已。”[注]孟子所说的仁政就是要合理解决土地、衣食、教育等基本问题，其中最主要的是土地问题，“仁政必自经界始。”[注]

二是要使民以时，休养生息，减少徭役。孟子认为统治者在征用劳役时就以“不违农时”为前提，同时也反对滥捕乱伐，“不违农时，谷不可胜食也；数罟不入洿池，鱼鳖不可胜食也；斧斤以时入山林，材木不可胜用也。谷与鱼鳖不可胜食，材木不可胜用，是使民养生丧死无憾也。”“百亩之田，勿夺其时，数口之家可以无饥矣。”[注]

三是要取民有制。他主张薄税轻敛，“取民有制。”[注]“省刑罚，薄税敛。”[注]不能滥征，不能搞苛捐杂税。他把这看作是富民之道，说：“易（治）其田畴，薄其税敛，民可使富也。”[注]他把“什一之税”描绘为最理想的税制，认为这种十分抽一的税率不能再提高，而且还须根据实际收成情况而减征或缓征。

所谓教民是指向人民施以教化。他说：“谨庠序之教，申之以孝悌之义。”[注]“设为庠序学校以教育之。”[注]“人之有道也，饱食、暖衣、逸居而无教，则近于禽兽也。圣人有忧之，使契为司徒，教以人伦。”[注]

他认为教化是保证社会和谐的重要措施，教化可以使人“明人伦”，从而达到“务局。”[注]

在养民和教民的基础上，孟子提出了“王道”思想。“王道”是孟子提出的国家政治的最高理想。孟子所谓“王道”，即“以德行政者王”。他列举商汤、周文王行王道的例子：“以力假仁者霸，霸必有大国；以德行仁者王，王不待大，汤以七十里，文王以百里。以力服人者，非心服也，力不赡也；以德服人者，中心悦而诚服也。”[注]在孟子看来，实行王道之治就是“保民而王”，就是“乐以天下，忧以天下。”[注]

孟子对君王提出的具体要求是：“王如施政于民，省刑罚，薄税敛，深耕易耨，壮者以暇日修其孝悌忠信，入以事其父兄，出以事其长上，可使制梃以挞秦楚之坚甲利兵矣。”“如有不嗜杀人者，则天下之民皆引领而望之矣。诚如是也，民归之，由水之就下，沛然谁能御之？”[注]

孟子所向往的人们富庶康乐的社会景象是：“不违农时，谷不可胜食也；数罟不入洿池，鱼鳖不可胜食也。斧斤以时入山林，材木不可胜用也。谷与鱼鳖不可胜食，材木不可胜用，是使民养生丧死无憾也。养生丧死无憾，王道之始也。五亩之宅，树之以桑，五十者可以衣帛矣。鸡豚狗彘之畜，无失其时，七十者可以食肉矣。百亩之田，勿夺其时，八口之家，可以无饥矣。谨庠序之教，申之以孝悌之义，颁白者不负戴于道路矣。老者衣帛食肉，黎民不饥不寒，然而不王者，未之有也。”[注]

因此，孟子才得出“天时不如地利，地利不如人和”，“得道者多助，失道者寡助。寡助之至，亲戚畔之；多助之至，天下顺之。”孟子所倡导的思想，是对孔子思想的发展，也是对民本思想的发展。

（三）荀子的民本思想

荀子是战国后期集儒家与法家思想之大成者。它生活在战国后期，是韩非子、李斯的老师。因而，他的思想带有明显的综合性和多元性。所以他的思想兼具儒、法特质，他的研究方法和理论体系有援儒入法之特点。他继承了孔孟的民本思想，并且较之他们有着更为深切的理解。具体表现为：

1.百姓贵之如帝

荀子十分重视百姓的地位和作用。他说："用国者，得百姓之少者富，得百姓之死者强，得百姓之誉者荣。三得者具而天下归之，三得者亡而天下去之。天下归之谓王，天下去之之谓亡。汤、武者，循其道，行其义，兴天下同利，除天下同害，天下归之。"故"生民则致宽，使民则綦理，辩政令制度，所以接天下之人，百姓有非理者如豪末，则虽孤独鳏寡必不加焉。是故百姓贵之如帝，亲之如父母，为之出死断王而不愉者，无他故焉，道德诚明，利泽诚厚也。"(注)荀子还指出："礼乐则修，分义则明，举措则时，如是，百姓贵之如帝，亲之如父母，畏之如神明。"(注)在这里他把百姓比如帝王、父母，较之孔、孟对于百姓地位的认识更加明确、深刻。

2.富民、养民、教民

在继承孔、孟民本思想的基础上，荀子进一步指出："不富无以养民情，不教无以理民性。故家五亩宅，百亩田，务其业而勿夺其时，所以富之也。立大学，设庠序，修六礼，明七教，所以道之也。《诗》曰：'饮之食之，教之诲之'，王事具矣。"(注)这里荀子把富民、养民、教民之间的关系说得更为明确。

3.爱民

荀子的爱民思想较之孔、孟则又有了新的发展。他指出："马骇舆，则君子不安舆；庶人骇政，则君子不安位。马骇舆，则莫若静之；庶人骇政，则莫若惠之。选贤良，举笃敬，兴孝悌，收孤寡，补贫穷，如是，则庶人安政矣。庶人安政，然后君子安位。传曰：'君者，舟也；庶人者，水也。水则载舟，水则覆舟。'此之谓也。故君人者，欲安，则莫若平政爱民矣。"[注]这里荀子提出了君与民之间的水与舟的关系，此思想为后代统治者所重视，并成为治世之警言。荀子还进一步指出："故君人者，爱民而安。"[注]这是历代渴望成功的统治者必须遵守的法则。

4.利民

荀子继承和发展孔、孟的民本思想，提出了"利民"的思想。他说："故有社稷者而不能爱民、不能利民，而求民之亲爱己，不可得也。民不亲不爱，而求其为己用、为己死，不可得也。民不为己用、不为己死，而求兵之劲、城之固，不可得也。"[注]他还指出："不利而利之，不如利而后利之之利也。不爱而用之，不如爱而后用之之功也。利而后利之，不如利而不利者之利也。爱而后用之，不如爱而不用者之功业。利而不利也、爱而不用也者，取天下者也。利而后利之，爱而后用之者，保社稷者也。不利而利之，不爱而用之者，危国家者也。"[注]在这里，荀子提出了一个思想，那就是：君主如果不想给予民众利益，而只想利用或者剥夺民众的利益，国家就危险了；如果君主给予了民众利益，但并不去利用民众去达到自己的目的，则可以得到民心和天下。这种统治者的辩证法是非常值得后来的统治者学习和深思的。

可见，荀子继承和发扬了孔、孟的民本思想，他所提出的百姓贵之如帝，水则载舟、水则覆舟，利民、爱民思想，不仅丰富了儒家的民本思想，也是我国思想宝库中难得的精粹，值得我们认真地研究、思考。

四、先秦民本思想对中国当代今社会的启示

先秦民本思想的内涵十分丰富，概括起来主要包括以下三个方面的内容：一是对民的地位的认识，二是对君与民关系的认识，三是对如何养民、爱民、恤民、教民。

（一）明确提出“民惟邦本”的思想

先秦文献中提到“民”的地方很多。尽管学者迄今对“民”早先的身份地位尚有不同理解，但有一点是共同的，即“民”在先秦时代是城邦国家的被统治阶级，也是当时社会的主要劳动者。“民惟邦本，本固邦宁”见于传世伪《古文尚书·五子之歌》。我们虽然无法判断《五子之歌》已佚原文是否存在“民惟邦本，本固邦宁”这句话，但根据可靠的先秦文献，完全可以认为民本思想在商周时代已经出现。在先秦文献中，我们可以看到对于“民”的叙述。《尚书·盘庚》：“朕及笃敬，恭录民命，用永地于新邑。”同书《泰誓》：“天视自我民视，天听自我民听。”《左传》桓公六年：“夫民，神之主也，是以圣王先成民而后致力于神。”可见在先秦时代，在统治阶级心目中，“民”是很受尊重的。当然，这并不意味着可以把“民”提升到统治阶级的行列。

产生这种对“民”的重要性的看法，是因为在国家尚未产生之前的原始社会，包括氏族和部落首领在内，每个人都是氏族和部落的成员，他们的身份是平等的。进入文明社会以后，有了国家，有了阶级，也有了君主、贵族、平民和奴隶之别，但是氏族制度的古老传统并没有迅速消亡。一般的氏族和部落成员虽然变为君主和贵族所治理的“民”，但先辈所曾拥有的尊严和荣誉还遗留在他们的记忆中。正是氏族制度的这种古

老传统，成为文明社会“民惟邦本”的思想渊源。

“民惟邦本”的另一层意思，是承认“民”是社会和国家物质财富的主要创造者；如果离开了他们，国计民生都无从谈起。《国语·周语》说，周宣王即位之后，不籍千亩，虢文公曰：“不可。夫民之大事在农，上帝之粢盛于是乎出，民之蕃庶于是乎生，事之供给于是乎在，和协辑睦于是乎兴，财用蓄殖于是乎始。”天子带领群臣和庶民籍田，表示重视农业生产和与民共劳，“若是，乃能媚于神而和于民矣。”

春秋时代，王室衰微，诸侯争霸。各国的公室和卿大夫之间，以及卿大夫互相之间，经常发生争夺权位和财富的斗争。在这些斗争中，民众的向背起着重要的作用。《左传》昭公三年说，齐国的田桓子把粮食贷给民众，用大斗借出，小斗收进，民众十分感激，“归之如流水”，齐国的政权终于落入陈氏（即田氏）手中。晋国的公室腐败，“庶民罢敝而宫室滋侈，道相望而女福溢尤。民闻公命，如逃寇雠”，晋国的政权于是也被六卿所把持。鲁昭公被季孙氏驱逐出国。赵简子问史墨，为什么“季氏出其君而民服焉，诸侯与之，君死于外，而莫之或罪也。”史墨说：“鲁君世从其失，季氏世修其勤，民忘君矣。虽死于外，其谁矜之？社稷无常奉，君臣无常位，自古以然。”[注]国君失德，置民于不顾，就难免为民所弃。所以《孟子·尽心下》说：“民为贵，社稷次之，君为轻。”其实孟子所说的“民”、“社稷”和“君”的关系，乃是早期国家形成时“民为邦本”的政治文化概念，到了战国时代已经成为历史的陈迹了。究其原因，可能有以下几个：

一是战国时期各诸侯国间的兼并、征战使得统治者把人民当做了他们夺取权力和利益的工具，连年的战事，也使人民的利益遭受到了空前的损害和掠夺，在那种战事频仍、白骨弃野的年代，虽然出现了墨家的“非攻”、“爱民”思想，但在整个社会中的精英层都处于为了各自利益而相互斗杀的情形下，其影响显然是微不足道的。人民也大都投身到或为保家卫国，或为建功立业、出人头地的大气候中，对于其他的要求也就淡化或者默然了。

二是商鞅等法家的出现，打破了以往以出身、门第为享受荣华富贵的旧的传统观念，代之而起的则是以军功论英雄，以军功获得财富和地位的政策和观念开始深入人心，使人们似乎觉得只有你的行为和作为得到统治者的认可，才能够获得自己所要追求的利益，达到自己的目的，才能生活得比其他人更好。于是，出现了统治者渴望获得更多的土地和人口，平民渴望通过军功获得荣华富贵，以改变自己的门庭和身份。

三是社会政治经济结构发生了根本的改变，新兴的封建社会构建起了一个以封建地主阶级为统治核心的，以土地的占有和使用为获取财富的主要来源的新的社会经济结构，以往对人的价值的认识，也发生了改变，身份、地位成为了衡量一个人成功与否的重要标准，那种基于门地、出身来衡量一个人的价值的时代一去不复返了。功利逐渐成为了人们追求目标。孔子所提倡的那种小国寡民般的“礼乐之邦”，已被秦、楚等国的军事强国间的剧烈的竞争、拼杀所取代。人们评价一个国家强盛的标准已经不再是看其是否讲和平、讲礼仪、懂诗书了，而是看其是否有着强大的军事力量和综合国力。以民为本思想逐渐被以力为本、以权为本所取代。这也可以看做是当时历史条件下的必然。因为，在社会发展进步过程中难免要经历痛苦的转折，但是，在经历过痛苦之后还是应当回到正常的是历史发展轨道上来的。秦朝仅存十数年的轨迹，就证明了这一点。“民惟邦本”依然应当成为我们治国之本。

（二）提出了君应当善待于民，君应依赖于民的思想

先秦的思想家们提出了民众养君和民贵君轻的思想，如“苟无民，何以有君，”[注]“百姓之于圣人也，养之也；非使圣人养己也。”[注]孟子早就指出：“民为贵，社稷次之，君为轻。是故得乎丘民而为天子，得乎天子为诸侯，得乎诸侯为大夫。诸侯危社稷，则变置。牺牲既成，粢盛既洁，祭祖以时，然而旱干水溢，则变置社稷。”[注]

（三）提出利民、养民、爱民、恤民、教民思想

孔子提出："因民之所利而利之。"[注]墨子主张："爱民谨忠，利民谨厚。"[注]管子指出：欲王天下，必须"为民兴利除害，正民之德。"[注]就连以追求法术著称的韩非子也说："立法术，设度数，所以利民萌便众庶。"[注]孔子指出："道之以政，齐之以刑，民免无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。"[注]孟子曰："善政不如善教之得民也。善政，民畏之；善教，民爱之。善政得民财，善教得民心。"[注]荀子云："不教无以理民性。"[注]孔子认为：统治者要"节用爱人，使民以时。"[注]孟子主张"省刑罚，薄税敛。"[注]荀子提出："罕兴力役，无夺农时。"[注]这些都体现了先秦时期民本思想中的体恤百姓，爱惜民力的思想。

民本思想是中国传统文化中源远流长的珍贵历史遗产。它发端于商周时代，"民惟邦本，本固邦宁"突出体现了这一时代政治生活中的原始民主制色彩。在秦汉以后的中国封建社会，民本思想虽然仍是重要的官方意识，但两千多年中国封建社会的政治生态实际是对先秦民本思想的悖离和嘲弄。统治阶级虽然认识到自己和民众是舟和水的关系，希望民众能够安居乐业，实现"本固邦宁"的政治目标，但是他们仅仅把这种思想理念作为统治的工具和摆设，他们往往在口头上大谈所谓水可载舟、亦可覆舟，可实际上从来没有把人民当成社会和国家之本，他们所关注的只是如何统治、奴役、剥削他们属下的这些臣民，如何在保证自己和统治集团利益不遭受任何侵害的前提下，给予臣民维持生存的极其有限的空间和机遇，目的在不超过臣民的最大忍耐限度的前提下，尽可能地从臣民身上榨取最大的利益，其最终所要达到的效果是只要不发生大的社会动荡就可以了。这种情形是与以阶级剥削为前提的封建经济基础和上层建筑所分不开的。在这样的政治氛围内，民本思想在长期的封建社会政治生活中也就逐渐演变为一句"口惠而实不至"的政治空话。

民本思想虽然在封建社会没有实现的条件，但它对中国历史的发展还是起了一定的积极作用，特别是在中国传统思想文化中具有非常重要

的地位。它不仅哺育了一大批关心民众疾苦的思想家、文学家和政治家，而且在中国社会从传统走向现代的转型过程中发挥了积极作用。在近代中国，它被进步人士注入新的理论内容，与西方“民主”相嫁接，成为推动中国社会进步的重要思想武器。我们有理由相信，“以民为本”的思想在社会主义中国将真正焕发出新的光辉。

在今天，先秦的民本思想能够给我们多少启示？我们应如何去理解和运用民本思想为我们的现实服务呢？我认为对此可以从以下几个方面予以思考：

第一，重温中国古代民本思想，促进现代社会的全面发展。

春秋时期著名的政治家、军事家，民本思想的重要倡导者和实践者——管仲，在上任伊始，即从实际出发，坚持社会调查，使国情、民情尽在胸中，大胆提出“政不履旧”的观点，对齐国的政治、经济、军事等领域进行了深刻改革，制定出“乱世称霸方可自存，欲称霸必富国强兵，富国强兵需要民心安定”的治国方略，做出了很多前人和当世世人没有做过的事，有力地促进了齐国的发展，使齐成为大国。今天，我们正在建设使经济社会和人的全面发展的和谐的小康社会，上文所论及到的孔子、管子、孟子、墨子、荀子等人的民本思想都有很大的借鉴意义，特别是藏富于民、以民为本的思想，应当引起我们特殊的关注。任何政策不能仅停留在政治性的口号上，要切实地落实到具体的政策和法令，让民众得到实惠，活得安心，工作得顺心。

第二，认真领会我们祖先在两千多年前的思想精髓，坚持“以人为本”。

管仲的民本思想适应了社会变革和统治者的要求，最大限度地调动了齐国民众的生产积极性，对齐国一举成为春秋第一霸主起到了积极的推动作用，受到后代政治家、思想家的推崇。孔子的“修己以安百姓”、孟子的“民贵君轻”、荀子的“水则载舟、水则覆舟”的观点，都渗透着先秦思想家们民本思想的精髓。今天，我们注重以人为本，着重解决关系人民群众切身利益的突出问题，这是新形势下对我国古代民本思想的继

承和发展。

坚持“以人为本”，一要满足人的正常需求。二要促进人的全面发展。三要调动和发挥广大人民群众的积极性。因此，紧密地联系群众，依靠群众，随时听取群众的呼声，才能真正达到我们所预定的目标。

第三，深切体会我国古代固有的民本思想，培育民族精神，实现中华民族的伟大复兴。

民本思想是中国传统文化中源远流长的珍贵历史遗产。它的产生可以追溯到早期国家形成的肇始，它的内涵随着历史的发展不断丰富并有所衍变。近代以来，民本思想从封建统治阶级治国安邦的官方意识形态转变为资产阶级民主革命的重要思想武器，特别是中国共产党批判地继承历史遗产，赋予民本思想以全新的理论内容。今天，梳理中国古代民本思想的文化内涵及其发展衍变的历史脉络，对于建设中国特色社会主义的政治文化无疑具有重要的借鉴意义。

民族精神是民族传统的历史积淀，是一个民族所认同的世界观、人生观、价值观；是一个民族长期形成的带有本民族特点的外在体现。我国古代，民族精神集中体现在两个层面上。在个体层面上，它常常表现为“理想人格”，即古人常说的“修身齐家治国平天下”的高尚人格境界。在这个层面上，中华民族精神发挥着巨大的道德潜能。在社会层面上，它集中表现为“理想社会”，即生机与活力、和谐统一、独立完整、尚德昌盛、绵延永长等。在这个层面上，中华民族精神又以观念的形式发挥着巨大的驱动力和凝聚力。

我认为，民本思想同样是中华民族的精神体现和重要内涵。孔子、管子、孟子等视国家利益为生命的高尚情操、务本求实的治国态度，对于我们今天坚持经济社会的全面、协调、可持续发展，具有很大的裨益。

（原载于《甘肃政法学院学报》2012年第2期）

1. 《尚书·康诰》。
2. 《尚书·酒诰》。
3. 《尚书·洪范》。
4. 《尚书·康诰》。
5. 《尚书·无逸》。
6. 《尚书·无逸》。
7. 孙先妍、桑东辉：《法律视野下的先秦和谐思想研究》，法律出版社2006年12月第1版，第38页。
8. 《管子·牧民》。
9. 《管子·牧民》。
10. 《管子·牧民》。
11. 《管子·权修》。
12. 《管子·心术上》。
13. 《管子·心术上》。
14. 《管子·势地》。
15. 《管子·正第》。
16. 《管子·君臣下》。
17. 《管子·牧民》。
18. 《管子·牧民》。
19. 《管子·国蓄》。
20. 《管子·霸形》。
21. 《管子·霸言》。
22. 《管子·参患》。
23. 《管子·幼官》。
24. 《管子·牧民》。
25. 《管子·牧民》。
26. 《管子·君臣上》。
27. 《管子·权修》。
28. 《管子·版法》。

29. 《管子·侈靡》。
30. 《管子·治国》。
31. 《管子·山至数》。
32. 《管子·小问》。
33. 《管子·小问》。
34. 《管子·立政》。
35. 《管子·乘马》。
36. 《管子·小匡》。
37. 《管子·国蓄》。
38. 《管子·国蓄》。
39. 《管子·轻重甲》。
40. 《管子·七法》。
41. 《管子·权修》。
42. 《管子·七法》。
43. 《管子·入国》。
44. 《管子·山国轨》。
45. 《管子·立政》。
46. 《管子·度地》。
47. 《管子·度地》。
48. 《管子·度地》。
49. 《管子·乘马数》。
50. 《学界关注“墨子思想的当代性”》，http://roll.sohu.com/20111024/n323216636.shtml。访问日期：2011年11月2日。
51. 《墨子·兼爱中》。
52. 《墨子·兼爱下》。
53. 《墨子·兼爱中》。
54. 《孟子·梁惠王上》。
55. 《孟子·尽心下》。
56. 《孟子·离娄上》。

57. 《孟子·公孙丑下》。
58. 《孟子·梁惠王上》。
59. 《孟子·滕文公上》。
60. 《孟子·滕文公上》。
61. 《孟子·梁惠王上》。
62. 《孟子·滕文公上》。
63. 《孟子·梁惠王上》。
64. 《孟子·尽心上》。
65. 《孟子·梁惠王上》。
66. 《孟子·滕文公上》。
67. 《孟子·滕文公上》。
68. 《孟子·滕文公上》。
69. 《孟子·公孙丑上》。
70. 《孟子·梁惠王下》。
71. 《孟子·梁惠王上》。
72. 《孟子·梁惠王上》。
73. 《荀子·王霸》。
74. 《荀子·强国》。
75. 《荀子·大略》。
76. 《荀子·王制》。
77. 《荀子·君道》。
78. 《荀子·君道》。
79. 《荀子·富国》。
80. 《左传》昭公三十年。
81. 《战国策·齐策》。
82. 《慎子·威德》。
83. 《孟子·尽心下》。
84. 《论语·尧曰》。
85. 《墨子·节用中》。

86. 《管子·君臣》。

87. 《韩非子·八奸》。

88. 《论语·为政》。

89. 《孟子·尽心上》。

90. 《荀子·大略》。

91. 《论语·学而》。

92. 《孟子·梁惠王上》。

93. 《荀子·富国》。

全国人大1993年立法工作回顾

1993年是全国人大及其常委会立法工作取得很大成绩的一年。

第一，国家基本政治经济制度方面。3月29日第八届全国人民代表大会第一次会议通过了中华人民共和国宪法修正案和中华人民共和国澳门特别行政区基本法。前者是我国政治绔活中的，件大事，它的通过标志着我国宪政建设又跨上了一个新的台阶。修正案将建立我国社会主义市场经济体制写进了宪法。从而明确了我国改革的根本方向和任务。会议审议通过的澳门特别行政区基本法，它与香港特别行政区基本法一样将载入我国的史册。

第二，国家组织制度方面。八届人大常委会第二次会议通过了《全国人大常委会组成人员守则》，对人大常委会组成人员的职责及要求作出了明确规定，这对加强常委会组织制度建设，促使常委会人员更好地履行职责，必将起到重要作用。

第三，国家安全方面。七届全国人犬常委会第30次会议于1993年2月通过了《中华人民共和国国家安全法》。它的通过为维护国家安全，保卫我国人民民主专政的政权和社会主义制度，保障改革开放和社会主义现代化建设代化建设事业的顺利进行将起到重大作用。

第四，经济宏观调控方面。全国人大常委会共通过了三部有关经济宏观调控方面的法律和对法律的修改决定，即农业法、农业技术推广法和关于个人所得税法的修改决定。农业法对农业在民经济中的地位、国家对农业的基本原则、农业生产经营体制、农业生产、农产品流通、农业投入、农业科技与农业教育、农业资源与农业环境保护及违法本法的法律责任等均作了明确而又具体的规定，它的通过标志着我国走上了以

法治农的轨道。7月2日，人大常委会通过的农业技术推广法，对农业技术推广应遵循的原则、农业技术推广体系、农业技术的推广与应用、农业技术推广的保障措施等作了规定，使科技兴农有法可依。为了深化税制改革，简化税制，公平税负，八届人大常委会四次会议通过了关于修改个人所得税法的决定。修改后的个人所得税法，对征税范围、应税项目、免税项目进行了调整，并且实行了超额累进税率与比例税率相结合的税率体系，提高了起征点，降低了中低收入者和个体工商户的税负。这些修改既简化了个人所得税收制度，又使其按照国际惯例统一了我国的个人所得税制。

第五，维护市场经济秩序方面。为维护我国市场经济秩序，保证经济活动的经常进行，去年，全国人大常委会通过了一系列有关维护市场经济秩序和保护市场主体的法律，它们是：产品质量法、反不正当竞争法和消费者权益保护法以及关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定。这些法律从维护社会经济秩序这一根本点出发，分别就鼓励和保护公平竞争、制止不正当竞争行为、保护经营者、用户和消费者的合法权益等内容作了规定，从而基本上构成了我国维护社会经济秩序的法律框架，为今后改革的进一步深化提供了法律保障。

第六，经济活动主体方面。八届人大常委会五次会议通过的《中华人民共和国公司法》，对于规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，适应建立现代企业制度的需要，促进社会主义市场经济的发展，具有十分重要的意义。这一法律的公布标志着我国现代企业制度已基本建立起来，体现了我国国有企业改革的方向。

第七，经济主体活动规则方面。既有经济活动主体，就必须有其活动规则。在这方面，1993年全国人大常委会也同样取得了令人瞩目的成就。七届人大常委会第三次会议通过了关予修改商标法的决定和关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定，这两个法律案的通过，对加强商标管理、保护商标专用权，保护生产者和消费者的合法权益均起到了积极作用。八届人大常委会第三次会议在审议了国务院关于经济合同法修正案

（草案）的议案之后，决定对经济合同法作36处修改，这些修改不仅使新的经济合同法更加适用于不断发展的经济形势的需要，而且也使我国合同制度进一步趋于完善。

第八，保证经济活动主体活动的正常进行方面。1993年，为了适应我国改革的不断深入，八届人大常委会又通过了注册会计师法和关于对会计法补充修改决定。这一方面完善了我国会计师注册制度，同时也为我国会计制度能尽快与国际惯例接轨，提供了法律保障。

第九，促进科学、教育、卫生发展方面。八届人大常委会第二次会议通过了我国第一部科学技术进步法，这是我国法制建设的赞个重要成就，体现了国家高度重视科学技术，充分发挥科技人员在挂会主义现代化建设中的重要作用的战略思想。科技要发展，离不开教育事业的发展。由八届夯大常委金四次会谤通过的教师法，对教师的权利、义务、培养、培训、考核、待遇、奖励等均作了明确规定。该法的实施对于保障教师的合法权益，提高徽师队伍的思想品德修养和业务素质，促进我国教育事业的发展，必将起到重要作用。此外，八届人大常委会四次会议还通过了《中华人民共和国红十字会法》，该法为我国红十字会组织的发展及其与国际红十字会组织的联系提供了法律依据。

（原载于《法学杂志》1994年第2期）

中国民法法典化的思考

一、中华文化与中国民法

（一）为什么要讨论这个话题

中华民族有泱泱五千年的未曾间断过的历史，正是在这五千年的历史长河中，中国完成了具有自己特色的文化的积淀与创造的漫长的过程。在这个过程中，中华民族在创造了丰富的物质文明的同时，也创造了灿烂的精神文明，在精神文明的成果之中法律文明又是其中的一个重要的组成部分。而法律文明又是有与其他文明，诸如文学、道德、艺术文明等密不可分的。今天的中国人正在进行着构建中国现代法律文明的伟大任务，不可避免就要探讨中华既有文化对于构建中国现代文明的意义及其影响和作用。在完成这个伟大任务的过程中，中国的法学者们开始探讨中国传统文化和中国民法的问题。经过同仁们的共同努力，民法的立法已经有了很大的进展，当代中国已经创造了灿烂的法律文明。但是，在民法的立法中，也出现了许多亟待解决的理论问题，例如：如何解决中国传统文化与现代民法的理论联系问题？其中十分敏感的问题，就是中国要构建自己的现代的民法体系，究竟如何看待和利用、吸收西方法律文化，特别是当西方法律文化与中国传统文化在利益价值、利益取向等方面，出现矛盾甚至抵触、对抗时，对于二者如何取舍？中国在构建现代民法体系过程中，是否应当吸收中国传统文化中的某些因素，而创建具有中国自己的特色的民法文化？于是，对于中国文化的讨论便

引起了中国法学界的关注。

（二）中国文化与民法的关系

在这里我只想谈一谈我个人认为对中国文化里所表现出来的特征和内容里面与法律特别是民法相关部分的认识及看法。

1．关于礼治与民法的问题

中国文化的最大特征就是所谓“名分”，其具体体现在人与人的关系的等份上，即所谓父子有亲，君臣有义，夫妻有别，朋友有信等伦理纲常关系，其进一步衍生为所谓三纲五常。三纲、五常这两个词，来源于西汉董仲舒的《春秋繁露》一书。但作为一种道德原则、规范的内容，它渊源于先秦时代的孔子。孔子曾提出了君君臣臣、父父子子和仁义礼智等伦理道德观念。孟子进而提出“父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信”的“五伦”道德规范。董仲舒按照他的大道“贵阳而贱阴”的阳尊阴卑理论，对五伦观念作了进一步的发挥，提出了三纲原理和五常之道。董仲舒认为，在人伦关系中，君臣、父子、夫妻三种关系是最主要的，而这三种关系存在着天定的、永恒不变的主从关系：君为主、臣为从；父为主，子为从；夫为主，妻为从。亦即所谓的“君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲”这三纲。三纲皆取于阴阳之道。具体地说，君、父、夫体现了天的“阳”面，臣、子、妻体现了天的“阴”面；阳永远处于主宰、尊贵的地位，阴永远处于服从、卑贱的地位。董仲舒以此确立了君权、父权、夫权的统治地位，把封建等级制度、政治秩序神圣化为宇宙的根本法则。董仲舒又认为，仁、义、礼、智、信五常之道则是处理君臣、父子、夫妻、上下尊卑关系的基本法则，治国者应该给予足够的重视。在他看来，人不同于其他生物的一个重要特点，在于人类具有与生俱来的五常之道。坚持五常之道，就能维持社会的稳定和人际关系的和谐。从宋代朱熹开始，三纲五常联用。中国的这种“礼治文

化”是中国社会能够维系数千年而延续至今的一个重要因素。

这种关系的最大特点就是人之间的联系与交往是以深厚的人类道德感情来维系的，而不是通过法治的方法来维系社会。而人类的这种道德感情是温情脉脉，是无私的、温和的，这与西方所谓的法治文化的陌生、自私、冰冷的特性是格格不入的，中国直到现在还是一个熟人和人情社会。这就是中国的所谓“礼乐文化”。“礼乐文化”的一个重要特征就是不通过理性计较自己权利的得与失，即所谓“小人喻于利，君子喻于义”，这与西方的以“契约原则”来维系社会，进而把契约的理性计较私利原则扩张到人类的所有生活领域，使人逐步变成了一个精于计算私利的冷漠的理性动物，人与人之间的关系是法律权利关系。于是就有学者提出，应当去克服西方近代以来“民法帝国主义”的倾向，把契约原则重新收回到民法领域，截断契约原则向人类生活世界扩张的殖民之路。注

这种观点似乎有些偏颇。其实，无论是“礼乐文化”还是“契约原则”，都是维系社会存在和发展的理论依据和原则。只是他们所赖以存在的社会基础和文化背景不同而已，不存在谁反动谁革命，谁好谁坏的问题，只要能够被历史检验在一定的社会形态里起到维系社会存在、稳定社会秩序、促进社会发展就是进步的、有益的。这里应该探讨的问题是这种理论或者原则是否适应当时社会发展的需要，在社会发展到今天是否需要修订或者相互借鉴？

“礼治”或曰“礼乐文化”，所体现出来的无私的、温情脉脉的特征，恰好可以弥补“契约原则”的自私的、冷冰冰的特征所带来的那种冷漠的理性的不足；而“契约原则”也可以多少填补因过于强调“礼乐文化”而致使因漠视私利而抹杀人之个性、影响社会发展的惰性。因此，从民法上讲，既可以在家庭法（家事法）中体现温情脉脉的“礼乐文化”的特征，也可以在人格权、物权、债权、侵权等民法制度中更多地体现“契约原则”，以鼓励人们创造财富，促进经济社会的发展。其实，“礼乐文化”的内容就包含了民法中的公平、诚实信用原则和尊重公序良俗原则的内涵，“礼乐文化”中的所谓“仁”与“义”就包含了公正、尊重公序良俗

等民法原则。所谓“仁”即仁爱、正义、性情和顺善良，[注]“义”即正义、合乎正义或公益、情谊。[注]这里的“仁”与“义”实际上就包含了追求公正、公序良俗等含义。“信”即确实、信用、相信，[注]其中就包含了言而有信等民法中的诚实信用原则。因此，中国传统文化中的“礼乐文化”和“契约原则”并不是完全对立的，二者从实际意义上来说是有着相通之处的，因此，对于现代中国来说，应当尽可能地将二者融合、消化，使之共同适用于中国的民法体系中，以体现和谐民法的精神。

2．关于德治与民法的问题

中国文化中一个显著的特点就是讲道德，甚至于把道德作为治理国家的根本。道德究竟是什么？它与法律、社会是什么关系？道德其实是一种埋藏于人们心里的对于善与恶的评价标准。道德原则上是一种永恒的标准，特别是在某一个特定的环境中，这个环境既可以是一个国家的范畴，也可以是一个部落、群体、团体的范畴。在中国传统文化中，道德所应当涵盖的基本要素涵盖在儒家的伦理思想之中，其具体包括：

（1）“孝”是儒家的重要道德规范。尽管，其在几千年来主宰家庭关系中曾有过很多非人性的东西，但是，其也凝聚了父母子女之间的美好亲情，如父慈子孝至今仍是处理两代人关系的良好准则。孔子还把“孝”与“敬”联系起来，他要求子女不仅要赡养父母，而且要尊敬父母，孝敬父母成为中华民族的一项传统美德。

（2）“仁”是儒家伦理思想的核心和基础。“仁者爱人”，“泛爱众，而亲仁”，是古代中国人民的良好愿望。

（3）“信”是儒家处理人际关系的基本准则。曾子每天“三省吾身”，其中的第二省就是“与朋友交，而不信乎？”一部《论语》，直接讲“信”的地方有几十处。在中国传统文化中，诚信待人一向是传统美德，而尔虞我诈从来就是受到谴责，甚至惩治的。

（4）“义”是儒家在处理个人与社会关系以及人与人关系的一项基

本准则。所谓“义薄云天”、“忠义千秋”，便是中国人在处理人与人关系时所推崇的最高境界。正是这种境界使得中国古代基层人民之间的关系相对简单、朴实。

（5）“忠”是儒家处理君与臣及上下级、主与仆、夫与妻之间关系的基本准则。所谓君为天，君叫臣臣不得不死，夫为妻纲就是维系中国古代君与臣及家庭成员之间关系的准则，谁违反了这个准则，就要受到最严厉的惩罚。这也导致了中国古代主仆之间关系的简单与质朴。

（6）“悌”是儒家处理兄弟之间关系的基本准则。“悌”即（弟弟）敬爱哥哥，[注]其常与“孝”联系在一起，“孝悌”成为了中国传统社会中调整家庭中父子、兄弟之间关系的基本准则。

上述这六个要素应当说是中国传统文化中的核心内容，也是儒家道德文化的核心内容。这六要素的中心就是——“礼”，这六个要素或者说六个基本原则都是围绕着“礼”来规范的，因此，“礼”应当说是整个中华文化的核心。根据中国古代的法律精神，违反了“礼”的规范，也就违反了法律禁止性的规定，就要受到法律的制裁。从这一点上说，在一定范围内，“礼”实际上起着法律规范的作用，特别是其中反映道德范畴的内容，有的直接就被写进法律之中。例如，根据“孝悌”的宗旨，中国古代法律所确立的“亲亲相隐”原则，就是“礼乐文化”的集中体现。民法中的许多原则和规范也直接反映了“礼乐文化”的内容。例如，宋代法律规定的不动产买卖契约成立的条件中第一项就是“先问亲邻”，即房亲、邻人对不动产有先买权。《宋刑统·户婚·典卖指当论竞物业门》规定：“应典卖、倚当物业，先问房亲；房亲不要，次问四邻；四邻不要，他人并得交易。”《宋会要·食货三十七之一》又进一步规定了先问亲邻的顺序：“凡典卖物业，先问亲邻；不买，次问四邻。其邻以东、南为上，西、北次之，上邻不买，递问次邻。四邻俱不买，乃外召钱主。”中国古代的典当契约，就是中国“礼乐文化”的集中体现。其基本意义在于保护祖业（主要是不动产）不会被轻易地卖掉。

此外，在中国“礼乐文化”中很讲究修身。中国的道德教条中全部是

对自己的要求。如恕，如仁。这个文化没有对社会提出要求，对社会全部是一种虚无的期望。如民众对“青天大老爷”的棋盘；对皇帝的效忠；妻子对丈夫和父亲的绝对服从；等等，人们认为，只要遵循了这些规则，就可能带来的个人好处。因此，顺从是中国文化中根深蒂固的东西，中国文化中基本上没有改良社会的基本要素，无论怎样的生存环境，只要能够“凑合”就行了！只要自己能活下去就行了，能凑合就凑合了！那么，如果活不下去呢？只能铤而走险——造反——血淋淋地造反！这就是我们文化中的两级性；要么和和气气，要么凶相毕露，没有中间状态！当和和气气的时候，我们追寻的是通过伤害自己的忍让而达到的暂时“和谐”；当我们迫不得已地“凶相毕露”时，我们完全放弃任何人类道德的约束！因此，在人们的心目中就缺乏西方社会中的所谓“契约原则”，所谓“权利与义务”的概念，因此，中国文化在和平期间容忍力极强。大家都在一种自然的状态下，通过自我约束达到一种动态平衡，而对于对错概念则比较淡漠，更没有对错概念下所衍生出来的改变意识。这使得中华民族的繁衍力较之其他国家都要强！这也就难以形成西方社会中的自我意识，民法意识也就异常地淡漠。民法是权利法，也是保护私有的法，它既保护私有的物质财产，也保护私人的精神财产和精神领域，而要树立起真正的民法意识，首先要树立起社会意识，特别是要树立一种社会契约意识，社会责任意识，要明确任何个体都是社会中的一员，自己的所有行为都会对社会产生影响，这就是现代民法中以所谓社会责任代替以自我为中心的纯粹私的意识的根据。

在这里，我们还应当看到，现代民法所倡导的三大基本原则——公平正义、公序良俗、诚实信用，其实也是中国传统道德文化所一直追求的境界。公平正义主要包含在“仁”之中，公序良俗则包含在“义”之中，诚实信用则包含在“信”之中，只是其所表现出来的方式和角度不一样罢了。与公平正义对立的是偏私邪恶，而偏私邪恶的根源是极端个人主义，在儒家的道德观中，同样极端鄙视和谴责极端个人主义的偏私与邪恶，正如儒家所教导的那样：“勿以恶小而为之，勿以善小而不为”！这里的“恶”就包含了偏私邪恶的根源是极端个人主义思潮和行为，这里

的“善”则包含了为人处世的公平正义和坦白襟怀的博大心胸。与公序良俗对立的是恣意妄为，其根源是绝对私权主义。在儒家的道德观中，同样极端鄙视和谴责绝对私权主义，其所倡导的“仁”与“义”其实就是对于绝对私权主义的遏制与反对。“仁”首先要求宽容，有气度，有修养、有涵养，有善良之心，反对极端暴戾，恣意妄为。与诚实信用对立的是欺诈背信，绝对自由主义是欺诈背信的根源。在儒家道德观中，同样极端鄙视和谴责绝对自由主义，其所倡导的“信”就是对于绝对自由主义的遏制与反对。孔子说：“人而无信，不知其可也。大车无輗，小车无軏，其何以行之哉！”如果一个人没有信用，根本就不能在社会上立身行事。所以，我们说公平正义、公序良俗、诚实信用本不是法律，它们有的属于人们心中的道德，有的属于人们对社会的一种期望，有的则属于社会发展所需要的公德，但只有以这些道德、期望为基础，并将它们写进法律之中，才能使之有法律效力，如果没有这些期望和道德做基础，法律中就不会对此有如此明确的规定，而且还将其作为民法的基本原则，去统领整个民法体系。从此也可以看出，道德确实是法律的重要的渊源之一，民法也不例外。

3．关于诸法合体与民法的问题

一提起中华法系的特点，就有人用诸法合体这个概念来说话。的确，中国历史上确实存在过诸法合体的法律文化现象。但是，不能用这个所谓的概念来一概否认中国古代依然存在着大量的调整平等主体间的民事规范。

中国古代出现过多个国家基本法典，如战国时期魏国李悝作的《法经》，汉代的《九章律》，三国时期魏国制定的《魏律》，两晋时期西晋制定的《晋律》，南北朝时期北齐制定的《北齐律》，隋朝制定的《开皇律》和《大业律》，唐朝制定的《武德律》、《贞观律》、《永徽律》及其《律疏》、《开元律》及其《律疏》，宋朝制定的《宋刑统》，元朝制定的《至元新格》、《大元通制》，明朝制定的《大明

律》、《大明令》，清朝制定的《大清律集解附例》、《刑部现行则例》、《大清律集解》、《大清律例》。这些法典的编纂体例，都是以刑法为主，同时也融合民事、行政、经济、诉讼等法律规范于其中。但是这绝不意味着中国古代只有刑法而没有民法。这不符合中国法律历史的实际，是混淆了法律体系于法典体例的区别而导致的对于中国古代法律的误解。清末民政部在光绪三十三年（1907年）五月的奏章中说："中国律例，民刑不分……历代律文户婚诸条，实近民法。"[注]事实上也确实如此。特别是自《汉律》之后各法典中基本上均有户（婚）律，尤其是集中国古代立法成果之大成、奠定了其后的1000余年中国各朝法典的基本体例和内容的、中华法系的代表作——《唐律》，其将规范户籍、土地、赋税和婚姻家庭方面的内容集中于《户婚律》中，而且是排在作为法典总则的《名例律》和规范皇宫警卫、国家关津要塞保卫、官吏职务和有关行政公务方面的《卫禁律》和《职制律》之后的整部法典的第4部分；其篇幅为3卷（12—14卷），其规模仅次于《名例律》（6卷）、《贼盗律》（4卷）和《斗讼律》（4卷），与《职制律》（3卷）的规模相同，与其共同排在第4位。不仅如此，在唐代的其他令典中，如《户》、《田》、《厩牧》、《关市》、《杂令》等篇目，也包含有许多的民事法律规范。此外，在唐中叶后政府所颁布的各种诏敕及其整编成的"格"中也有大量的有关民事方面的内容。唐律中有关民事关系的法律主要包括：关于人的身份、人的行为能力、物的分类、所有权（包括宿藏物、遗失物、漂流物、添附物、孳息物等制度）、契约的形式及其成立要件、买卖契约、借贷契约、租赁契约、寄存契约、雇佣契约、承揽契约、损害赔偿之债、贴赁及典质、婚姻的成立、婚姻的效力、婚姻的终止、家户与家长制度、收养制度、亲等制度、身份继承制度、家产的分割与继承制度等等。可见，近代民法中的一些基本制度，在唐朝的法律中已经基本成型，并且都有着较为详细的规定。例如，在买卖契约上，就已经有了动产买卖与不动产买卖之分。关于动产的买卖行为的规定，在《唐律疏议·杂律》中就有相当具体的规定，如，凡买卖奴婢及买卖马、牛、驼、骡、驴之类大牲畜，必须在

买卖行为后的三天内在市司的监督下订立“市券”，所谓“市券”就是盖有市司官印的契约；买卖的标的必须质量合格，合乎标准，质量不合格的商品要由官府没收，不符合标准的商品要退还原主；所有商品必须标明生产者的姓名；一些诸如弓矢、长刀等特殊商品，还要求按照官府的标准生产。[注]不动产的买卖，必须合法，特别是土地的买卖，要遵守严格的程序，否则，交易行为无效。首先，百姓如果要出卖土地，必须向官府申请文牒，请求批准；其次，土地买卖必须先经家长的同意，并经征求亲邻一件；再次，土地所负担的税赋必须随买卖行为而转移；再再次，土地买卖契书必须经过官府加盖官印、并缴纳税契钱；最后，要求在土地房屋契约上写明四至及与土地相关的地役权，如通行权。此外，土地买卖还必须有保人。借贷契约还分为计息之债和不计息之债。

因此，我们可以说，虽然中国在清末修律之前没有西方国家近代意义上的民法概念，但是，这不等于说中国古代没有调整民事关系的民事规范，问题在于我们对于这方面的研究和整理工作还没有形成系统和规模，我们应当从中汲取的养分并没有被我们真正地发现或发掘出来，这就造成了我们在立法时的盲目和被动，有些制度明明是可以从过去的经验中总结出来的，却偏偏要舍近求远地从异域发现或发掘。甚至于出现过生搬硬套的现象。因此，发掘和总结中国已有的法治或者法学资源，也应当成为我们应做的工作之一。不要动辄就用什么诸法合体的概念来轻视甚至妄自菲薄自己，还是沉下心来好好看看我们老祖宗留下来的东西吧！当年民国初年为了立法不是还搞过商事习惯调查吗？今天，我们的做法，恐怕要远不如当年的那些先人们了吧！不要说老祖宗的东西，恐怕就是上世纪前50年里我们的法学、法治成果的研究，也没有引起我们的足够重视，其结果就只能是瞎子摸象，事倍功半！

其实，纵观世界法律的发展史，世界各国早期的法典几乎均采诸法合体、民刑不分的体例，从古代东方国家的《汉姆拉比法典》、《摩奴法典》，到古罗马法的《十二表法》和日耳曼各部落的“蛮族法典”，直至11世纪到13世纪成型的《罗斯法典》，莫不如此。即使是以发达的罗马私法著称的《查士丁尼民法大全》，其中仍包含有大量的公法规范。

以所谓18世纪最著名的私法法典著称的《普鲁士民法典》，也并非全是私法，其第2部分第12篇至第20篇就是关于宪法、行政法和刑法的规范。应当说，在《法国民法典》出台以前，西方国家的立法体例与中国一样，均属诸法合体、民刑不分的立法体例。(注)因此，所谓诸法合体、民刑不分乃中国特有的立法体例的说法是占不住脚的，诸法合体、民刑不分并不是中国特有的现象，而是19世纪以前世界所有国家的共同现象。因此，我们不能以中国古代所谓诸法合体、民刑不分为借口，来以此说明中国古代没有民法规范，更不应当以此来贬低中国古代法律文化的地位和作用。也就是说，诸法合体的立法体例，并不能作为否认中国古代民事法律规范欠发达、甚或贬低中华法系地位和成就的根据和理由。

（三）法的渊源与民法

这里讲的法的渊源主要是指民法制定与社会生活、民事习惯、历史文化的关系。曾几何时，有的学者说，我们可以制定一部理论上和逻辑上完美的民法，根本不用考虑操作性的问题。他们还列举了很多所谓世界上第一流的民法典作为佐证。这是对世界民法典运动的一种误读和误解。应当说，从19世纪开始的民法典运动，无一不是基于当时各国特定的历史社会条件而制定的。如《法国民法典》是为了巩固法国资产阶级大革命的成果和基础，应当时法国的政治、社会生活的需要而制定出来的，所以，其所体现出来的格外重视人的地位，而把维护人的尊严，反对封建等级，强调人生而平等，放在重要位置；而到了《德国民法典》制定之时，德国已经完成了国家的政治统一，而且从世界范围看，资本主义的发展已经经历了百年的发展历程，特别是经过工业革命，资本主义已经在逐步走出原始积累阶段，一些资本家已经积累了相当规模的财富，因而保护他们的私有财产和既得利益，便成为了他们的立法者和学者的首要任务，因此，《德国民法典》便自然而然地体现出来了以物质

利益保护为其突出的特点，当然，其也没有放弃对于人的权利的保护。其实，对于私有财产的保护，也就是对于人的基本权利的保护，因为，在现代社会，人的财产的多寡实际上决定了他的社会地位和所享有的权利的多寡。比如，对公司所持有的股份所占的比例的高低，直接决定了每个人在公司的地位和对公司事务决策权的行使，以及收入的多寡。但是，到了20世纪下半叶，随着世界科学技术的飞速发展，尤其是电子工业、原子应用技术、计算机技术、生物技术、太空技术等领域的飞速发展，人们发现原有的诸如契约自由、私权至上、过错原则等民法原则，已经不能适应社会发展的需要，社会责任、无过错原则、人权观念等便在民法中凸显出来，很多国家在制定新的民法典以及在对老民法典进行修改的过程中，也及时地调整了立法原则和手段，使这些民法典尽可能地反映当代社会经济发展的需要。甚至有的国家，在立法过程中还特别注重对民间习惯、过去立法经验、历史文化传统的调查、研究和吸收。因此，法的渊源，包括民法的渊源，不仅包括民事习惯，更应当包括每个国家的特定的历史文化渊源和当代市民社会生活的现状，以及外国相类似国家的法律文化，等。总之，对于法的渊源的理解，不能够仅仅从“法”的角度去考虑，而是应当将其范畴扩展到政治、社会、经济、文化生活的方方面面。可能有人会认为这不是法学者的任务，但我可以明确地告诉他，如果想让自己成为一个名副其实、真正对社会有用的法学者，仅有法律和法学知识是远远不够的，一个优秀的、称职的法学者，应当是一个知识面广泛的“杂家”，不懂哲学、政治学、经济学、社会学、历史学的法学者不可能成为一个好的法学者，特别是要想使自己成为所谓“大家”，那就更加的不可能！当然，这里并不是要求非要拿到那么多学位，关键是要迫使自己去不断地学习、进取，从书本上学，从社会实践中学。有的人一生拿了N多个学位，可是其在学业上的建树，不见得比少拿几个学位的人做得更好。搞学问要有悟性，要有恒心、慧心、决心！不是任何人都能成为一个好的学者的。只靠闷头努力是不够的，社会的实践经验、人身体验对于一个学者更为重要！否则，就只能是一个关在书斋里的木头！

（四）中国民法文化的创建

社会发展离不开文化建设，没有文化底蕴的民族是没有前途的。法学研究也是一样。中国民法学目前的一个首要任务，是要建立一个适应中国民法发展需要的民法文化。所谓民法文化，是指贯穿于民法的理论研究、立法、司法和普及的道德、理念和精神体系。其基本特征是对于民法的理论研究、立法、司法和普及的指导、引领和保障，是树立民法理念和精神的支柱。

这里首先要对人们对中国文化的理解做一个解读。

在人们对中国文化的评价和理解中，有一种误解，好像中国文化就是对于个性的压制和泯灭，是阻滞中国发展的罪魁祸首。其实，这是一个误解，是受到近代以来某些政治家和某些作家、学者的误导。前面已经讲过，中国文化之所以能够至今仍然屹立于世界民族之林，她的传统文化起到了非常重要和积极的作用，特别是前述的关于儒家的伦理道德思想，可以说是中国传统文化的精髓。她们至今还是中国台湾地区和东南亚诸国的基本道德准则，并在继续地影响和推动着他们社会经济的发展。

世界上没有哪一个民族会自己主动地去否定、污蔑自己民族的历史和文化，即使是在对自己民族历史中最倒霉和最不光彩的历史（如亡国）的描述和研究中，也要反复地说明当时的迫不得已的形势和当时的领导人如何审时度势、因势利导的英明决策和领导，使得他们经过艰巨的努力，最终取得了最后的胜利，达到了“复国”或者与其他强大国家联合（合并）的目的，使得自己的民族得以继续保存和发展。波兰历史上曾经经历过三次亡国的经历，但是，波兰人始终对外人说，那是临时的，是为了使自己民族得以保存、延续的迫不得已的举措，事实证明国家也并没有因此而彻底消亡，经过多少代的努力，现在终于得到了欧美乃至世界的承认，等等。因此，一个国家或者民族，不能把自己的不光彩的历史成天挂在嘴边上，好像以此就能证明自己现在发展得多么好。

这样做的一个最大的不幸就是会使得后代人蔑视，甚至无视自己民族的历史，进而妄自菲薄自己的民族，产生许多不应当发生的问题。这是很不明智和愚昧的做法，对民族发展极为不利。只有懂得尊重自己民族历史的民族，才能获得更大的发展空间和动力！

与此相对应的是，一些人对于西方文化的误解和盲从。以对于罗马法的理解为例，目前的通说认为，罗马法的本质是权利法，是近代民法的基础和滥觞。现在已经有学者指出，罗马法的本质不是权利本位，而是义务本位，而且罗马法和中国古代法一样是属于伦理法的。(注)该学者引用了意大利著名的罗马法学家桑德罗·斯奇巴尼的一段话，作为证据。并且指出，在罗马法中义务是人们最重要的利益；罗马法中关于义务和行为准则的，都体现了法律对社会道德的积极回应；反映出了罗马人用法律来彰显道德理念。进而他认为，这种价值取向和对法律功能的理解于古代中国法是不谋而合的。(注)

最近，在翻阅有关《十二表法》和《查士丁尼法典》的资料时，我也发现，它们其中的一些规定和条款，无论从语气、内容到实质，确实都体现出义务本位或者义务性规范的一些特征。比如，《十二表法》第五表监护法第三条规定：凡在自己临终时对有关自己家产或有关（隶属他的人）的监护权所作的处理，不得违反。第六表获得物、占有权法第一条规定：如有人缔结抵押或转让物件的契约，（而有五个证人及一个司秤人在场），那么当时所作的诺言不得不得违反。第二条规定：凡提出（缔结契约时）所作诺言的证据者，应即认为可以，而否认自己的诺言者则处以双倍的罚金。第七条规定：（所有者）不得触动或取去（属于他的），而被（他人）用作建筑房屋或培植葡萄园用的木料（或木柱）。第七表土地权利法第十二条规定：如（被继承人）作下列遗嘱：（在）他付给我的继承人一万赛西忒斯（的条件下），（我释放奴隶），则即使该奴隶离开了继承人，他仍必须付给买主以所规定的钱款，才能得到自由。(注)此外，罗马法对于市民所有权的转移，视物品的重要性而有不同规定，如土地、房屋、耕畜等物品进行买卖赠与时，需

要履行特殊的手续，即讲出一定的语言、做出一定的动作，特别是要有证人在场。至于农产品、日用品、货币等物品转让时，则不必依据一定的形式。[注]这些规定与前述的中国《唐律疏议·杂律》中有关买卖奴婢及买卖马、牛、驼、骡、驴之类大牲畜和对不动产的买卖所规定的严格的程序，有极其相似之处，虽然两者所处的历史时期不同，罗马法要比唐律早千年，但是二者以义务为本位的特征，是完全相同的。

因此，可以认为，权利本位本不是罗马法和西方传统文化的本质属性，那种极端本位主义也不是罗马法的精神，更不应该是民法的精神。那种强调权利可以滥用，个人权利至高无上的理念，是对罗马法乃至整个民法精神的背离及曲解。产生这个理念的深层次的原因，可能是在资本主义发展初期，为了反对封建主义、建立资本主义社会的需要，针对封建社会强调的封建等级观念，资产阶级需要大力宣扬个人权利至上的理念，企图以所谓人生而平等来对抗封建等级和专制体制，为资产阶级登上历史舞台而制造理论根据。因此，在整个19世纪，乃至20世纪上半叶，宣扬个人权利至上，罗马法即权利法，实际上是以所谓罗马法的复兴，来为资产阶级的统治寻找根据。而在对于罗马法进行解释的时候，他们自然会从自己所需要的角度出发来阐释罗马法，把罗马法的本质说成是权利法。而真正的权利的本意，可能也只有在现代这个社会才能够得到比较科学的、合乎客观的解释。权利应该是在法律范围内享受利益，但是，在享受利益的同时也要承担相应的义务，权利不仅是权利人利益的自由的依据，而且是对相对人义务的依据，此即无权利即无义务，每一个人只有克制自己的私欲，才能够与他人和谐共处，才能够实现自己的权利，得到自己应得的利益。这恰恰与中国传统文化中所倡导的“五常”的理念不谋而合。因此，我们要构建中国自己的民法文化，首先应得从我们自己的文化传统中去寻找。这个民法文化的核心就是公平正义、公序良俗和诚实信用三个民法基本原则。而对于中国目前来说，需要大力倡导和培育的是第三个原则，即诚实信用原则。

但是，要真正构建起中国的民法文化体系，应当在充分吸收、整合中国传统文化和人类文明成果的基础上，将三大原则结成一个有机的整

体，以期锻造出能够体现中华民族传统文化魅力的民族和个人的人格体系，实现中华文明的伟大复兴。

这也正是我们在构建中国民法体系时应得遵循的原则和理念！

二、中国民法法典化的历史经验

（一）法典化源头考

所谓法典化，是指国家立法机关把基本法律部门的原则、概念和规范在有关理论的指导下，按一定体系进行组合排列，编纂成具有系统性、确定性以及内部和谐一致的法典，再以若干单行法作为补充，形成比较完整的制定法体系；在法典所涉及的问题上旧法失去效力；法官必须遵守法典的规定，不能行驶造法职能。㊟法典一词，在词典里有三层含义：一是指古代的各种法律的统称；二是指书面形式的法律部门相对全面的法律体系；三是将同一性质或同一种类的法律规范通过系统编纂而成的法律。㊟从法典化的角度讲，这里所指的应当是第三层含义。至于法典化的基本条件可以概括为四点：其一，具备严谨的、合乎逻辑的法律编纂技术；其二，具备由原则、概念和规范构成的法典模型；其三，具备内在的统一性和协调性；㊟其四，法典所编纂或者含有的内容一般是同一性质或同一种类的法律规范，如民法典、刑法典等。

那么，从世界范围内看，民法法典化究竟肇始于何时呢？对此主要有三种观点，第一种观点认为，早在罗马时代，就已经开始了民法法典化运动。其主要根据就是由查士丁尼领导编纂的《国法大全》。第二种观点认为，民法法典化的真正历史源头应在《德国民法典》，认为《德国民法典》发展出一套结构严谨、体系完整的近代民法理论。而且，整个民法体系具有一气呵成的逻辑顺序，每一个概念在民法中均有其特定

的位置，不能相互替代和混用。他们认为，《法国民法典》在民法体系的研究上不尽完善，只能称为“半法典化”。(注)第三种观点认为，民法法典化肇始于《法国民法典》。理由是《法国民法典》开启了民法法典化的先河，《德国民法典》只是对于《法国民法典》的发展与变异。笔者赞同第三种观点。因为，《法国民法典》毕竟是人类历史上第一次真正意义上的把带有同一内容和性质的法律规范，按照一定的逻辑、结构、体例，有目的的，按照一定秩序排列、组合、集中在一起，加以编纂、汇集的一次伟大的立法活动，而且，它的影响也已经远远超出了一个国家，甚至一个大洲，实际上它的出现开启了人类立法活动的一个新的纪元，它彻底摒弃了过去诸法合体的传统的立法模式，为人类的立法活动，尤其是民法的立法，开辟了一个崭新的模式和榜样。以后的《德国民法典》、《瑞士民法典》、《日本民法典》、《荷兰民法典》等等无一不是《法国民法典》的发展与变异，如果没有《法国民法典》的这一先河，也就不会出现以后的这些民法典，应当说，以后出现的这些民法典是在《法国民法典》的基础之上发展起来的，至少是受到了它的巨大启发和影响。因此，这也说明，在《法国民法典》出台百年之后再次掀起民法典编纂的高峰，也就不足为奇了！

（二）中国的民法制定的历程及其经验

1.中国的民法制定的历程

在中国历史发展的长河中，是出现过民法或民法典立法活动的，并且还取得过令人骄傲的成就，留下了许多可以未后人所借鉴的可贵的经验。那种否认甚至蔑视中国固有民法立法经验和成就的思想是错误的。

（1）清末修律时的大清民律草案的拟订

从鸦片战争开始，清朝开始处于危机四伏的状态之中。社会的经济基础、阶级结构和文化观念，都发生了巨大的变化。特别是经过1900年

的庚子之变，使得清朝统治者觉得，如果再固守“祖宗之法”不可变，“天不变，道亦不变”的固有观念，就将面临国破家亡的惨境。因而，他们发出了“世有万古不变之常经，无一成罔变之治法”，“法令不更，锢习不破，欲求振作，须议更张”的上谕，由此揭开了变法修律的序幕。

光绪二十八年（1902年），清廷鉴于通商交涉，事益繁多，特别有收回领事裁判权的意图，因帝国主义说，之所以没有归还中国的领事裁判权，主要是因为中国的法律不健全，只要中国法律健全后，他们自然会把领事裁判权归还给中国。派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，细心考订，妥为议拟，务期中外通行，有益治理。光绪三十二年（1907年）四月，民政部奏请速定民律，陈述了公法私法之分，民法的作用，中国民法传统欠缺等诸条理由，提出“推行民政，澈究本源，犹必速定民律，而后良法美意，乃得以挈领提纲，不至无所措手”。随后，著派沈家本、俞廉三、英瑞充任修订法律大臣，参考各国成法，体察中国礼教民情，会通参酌，妥慎修订，奏明办理。后来，聘用了日本法学者参与制订包括大清民律草案在内的各部法律。而后，遴选馆员分赴各地采访民俗习惯。依据调查资料。参照各国民事立法的成例，斟酌各省报告的表册，进行充分的准备。准备工作就绪后，制订民律草案的工作正式开始。其中，大清民律草案的总则、物权、债权三编，由日本学者负责起草，而亲属编和继承编由于关涉礼教，则由修订法律馆会同礼学馆起草，章宗元、朱献文起草亲属编，高种、陈录起草继承编。

民律草案初稿于宣统二年（1910年）12月草成。再反复详为核阅，逐条添附按说，说明立法理由，历时八个月完成，于宣统三年（1911年），也就是清朝最后一年的九月初五日，编纂完成。凡5编1569条，中国历史上第一部按照欧陆民法原则和理念起草的民法典编纂完成。史称“第一次民草”——《大清民律草案》。这部民法草案的编纂完成，标志着中国民法迈出了近代化的第一步。

其基本特点可以总结为：

①应时代所需而生，带有一定的时代性。其基本体例是按照10年前出台的《德国民法典》的体例编纂的。从编纂体例上在当时还是比较先进的。

②系中外法学者共同智慧的结晶。日本的法学家参与了法典的制订工作。而且，对于一部分编章负责。

③是在做了充分的准备后开始制订的，首先，其立法宗旨、思想等获得政府的同意和认可，而后，明确了项目负责人，其三，进行了规模极大、范围极广，内容包括了民情风俗、地方办事习惯、民事习惯、商事习惯、诉讼习惯，为民国时期出版《民商事习惯调查报告录》打下了良好的基础。

④亲属编和继承编明显带有中国传统文化的特点，具有民族性。规定了亲等、亲系等制度，完善了亲属制度。

⑤其民法制度基本上吸收了欧陆的先进制度，创设了完善的用益物权和担保物权制度；设置了法人制度；详细规定了债法的基本规则；增加了诸如无因管理、不当得利、侵权行为的规范体系；在债的保全、双务合同的抗辩权、债的清偿、债的效力等方面，都有完整的规定；采纳了侵害名誉权等人格权的精神损害赔偿抚慰金制度。

⑥摒弃了中国民事法律的封建礼教核心内容，采用了公平、正义的先进民法观念，使得中国民法从此跨入了世界民法之林。

（2）民国初年民法典的制定

民国开国之初，尚未考虑民法的制订工作，司法部颁行的《中华民国暂行民律草案》，实际上就是《大清民律草案》。其基本体例和主要条文与《大清民律草案》没有区别。但是，国民政府一直没有明确将《大清民律草案》作为新政权的法律渊源，反而认为，《大清民律草案》存在缺漏：一是《大清民律草案》仿于德、日，偏重个人利益，现在社会情况变迁，非更进一步，以社会为本，不足以应时势之需求；二

是《大清民律草案》多继受外国法，于本国固有法源，未及措意，此等法典之得失，于社会经济，消长盈虚，盈虚甚巨，未可置之不顾；三是亲属、继承之规定，与社会情形悬隔天地，适用极感困难，等等。因此，决定重新修订民律草案。于是，从1914年起，北洋政府法律编查会开始修订民律草案，至1915年编成《民律亲属编草案》7章。1918年，又成立了修订法律馆，对民律进行修订。该馆参详前清民律草案，调查各省民商事习惯，并参照各国立法，进行修订。修订工作全部由中国学者担任。至1925年，完成全部民律草案的起草工作，凡5编1522条。此即史称为中国“第二次民草”的《民国民律草案》。但是，草案完成之时，正值北洋政府发生北京政变，囚禁了曹锟，解散了议会，因而该草案未予公布。但是，该草案还是经司法部通令各级法院作为条理适用，在实践中起到了统一民事司法的作用。

该草案与《大清民律草案》相比，也有着其特点：

①弱化私权观念，对于人的规定，由《大清民律草案》的59条降为26条。取消了“人格保护”一节，把原来人这一章的五节内容减少为一节。同时增加了对外国法人的规定，以适应各国通商之需要。

②在物权编中重新规定中国固有的典权制度（物权第八章典权，从998条到1114条，共16条）。

③扩大了家长权，强化包办婚姻制度，在继承编中增加了宗祧继承制度（第五编继承第二章宗祧继承，从1308条到1336条，共28条）。

④将债权编改为债编，强调债权关系双方的利益，改变了《大清民律草案》只保护债权人的利益的规定。

⑤立法者全部为中国学者。

但是，无论如何，二者无论在立法体例还是内容、风格、指导思想等方面还是一脉相承的，只是其所反映的具体制度上可能会有所差异。应当说，《大清民律草案》是《民国民律草案》基础和胚胎。没有前者，也就没有后者的成功。

（3）南京国民政府民法典的制定

南京国民政府的民法典也是在前两个草案的基础上起草制订的。其前后经历了2年的时间，基本上继承了前人的经验，并且还有所突破和发展。它的基本特征也较明显：

①仍然采用了德国的立法模式——五编制。

②立法者一律为当时中国民法界的顶尖级学者。

③得到了政府的高度重视，胡汉民、林森这样的国民党元老，都参与了法典立法模式、基本框架的确立、制订工作。胡、林还专门为此向中央提交了一份关于民法立法的建议书，一改清末一来的民商分立的立法体例，而提出了民商合一的立法体例，并且得到了中央的认可。

④时间上较短，其原因有三：一是中央的高度重视；二是立法者的勤勉及少受干预；三是站在了前人的丰富的立法经验和学术成果的基础上，并且敢于超越前人，既吸收德国的经验，又吸收和借鉴了瑞士等国的经验，具有广泛的吸纳性。

⑤反映了当时世界民法的最新理论和立法实践。

总之，南京国民政府民法典的成功，反映了当时之中国在民事立法和学术研究上的成熟，是近现代中国民法的一个巅峰之作。

2.中国民法立法经验对我们的启发

以上，我们简略地回顾了中国民法立法的基本过程，从中，我们可以找出一些对于我们现在的工作有益的启发：

（1）立法要密切结合当时的社会经济生活的需要

特别是要与立法之时的国家的政治、社会生活、文化等情况紧密结合。要对当时的社会经济状况有一个基本的了解，大规模的立法调查可能不现实，但是，必要的调查是需要的。比如说，对于中国目前的土地

使用、流转状况，城市物业管理中的问题，农村的集体经济组织的状况，海域使用的基本情况，物权法颁布后各级法院适用的情况，国家财产的使用、登记、清理情况，继承关系中的突出问题，离婚后夫妻财产的分割情况，侵权损害中被害方对于精神损害赔偿这一块如何认识，交通肇事中双方的基本关系以及在当代社会生活节奏中如何处理机动车事故，才能够体现公平、效率原则，等等。如果做不好具体问题的调查研究工作，要制订一部好的、适用的民法典是不可能的。

（2）立法要反映本民族、本区域文化传统

立法是为人服务的，是为具体的、一定区域内的人服务的，因此，立法反映本民族、本区域文化传统，十分必要。一部脱离了本民族、本区域文化传统的法典是没有生命力的。因此，认真研究本民族、本区域的文化传统，制订出能够尽量体谅具有普通人文清情结的法典，乃中国立法者的责任。比如，本来民间就可以自行解决的问题，你偏要让他拿到公堂上去解决，美其名曰尊重法制，依法治国。我看，这不是依法治国，而是依权治国。中国本来所固有的一些优良的解决纠纷的传统方法，是可行的，干嘛非要一切都要诉诸法律呢？难道只有这样才能表示你是法治国家吗？西方一些国家对我们的民间调解非常感兴趣，我们却把他抛弃了。就像中医药一样，非得别人说好了，说有用了，我们才想起来，晚了！所以，民法立法也要注意这个问题。

（3）立法的同时要注重法律的适用

现在的立法依然是遵循过去的原则——宜粗不宜细。把具体规范让给法院去做司法解释。这是一个很糟糕的做法。法院造法，而我们的法院又没有英美国家法院那样的素质，我们的文化传统中，又没有法官造法的习惯，但是，现在就是这样。国家立法粗而又粗，改了又改，法院无法直接适用这些粗而陋的法律条文，而指望司法解释，一来浪费了很多资源，二来造成人民对法律的轻视与不屑，三来养成了立法机关的惰性与清高，他们无法也无须去了解实际情况，只要坐在上面就可以了，难免造成立法与实际的脱节。《劳动合同法》就是一例。

（4）法学家参与立法的优势及其不足

法学者参与立法理所应当，也是必须的。但是，在我们这个国家里，光靠法学者立法是不够的，国家相关机构应当是立法的主导者，而不是参与者。特别是国家领导层要高度重视，立法才能彻底成功。比如，南京国民政府的民法、1986年《民法通则》的制订，都是因为国家最高层的高度重视，甚至一些领导人亲自参与制订，才取得圆满的成功。这也是一条成功的经验。

（5）立法要注重形式与内容的统一

形式是为内容服务的，但内容也要靠形式表现出来。因此，形式与内容是应当统一的。既然叫民法典，其形式和内容就要都朝着民法典的方向努力，如果不叫民法典，就不要老民法典的民法典的去叫，我们有我们的特点和要求，不需要和别的国家去比。只要能解决我们的问题就行。

（三）中国将要出台的是不是传统概念上的民法典

1.传统民法典概述

传统民法典就像《德国民法典》、《法国民法典》等一样，首先要求有一个统一的体例，其次，要有一个统一的编号，再次，要有一个统一的、符合内在逻辑要求的编章结构，再再次，还要有统一的立法思想、宗旨，最后，还要有一个统一的附则。等等。总之，他是一个完整的、逻辑很强的、统一的、可以直接作为法院审判依据的体系，而不是汇编式的，或者随意地把一些零散的法律文本攒合在一起的体例。因此，我们要分清楚普通法律汇编和法典的区别。

2.中国未来民法的特质

根据现在的立法情况，我认为，中国未来的所谓《中华人民共和国民法》不是民法典式的立法体例，而是一个松散型的汇编式体例，这正好回应了江平等老师在10年以前所预言的那样，我们的民法典将是一个松散式的、邦联式的立法体例，而非一个法典型的立法体例。注目前，还有《侵权责任法》和《涉外民事法律适用法》正在制订过程中，再待《民法通则》修订后，整部《中华人民共和国民法》就会出台。这部法律总共有九部分（或者八部分组成，因为，对于人格权法是否独立成编目前还有很大争议）组成。而且，从目前立法情况看，这些部分之间没有内在的、必然的、逻辑性的、密切的联系，它们各自相对独立，也没有统一的编号，在适用时也将被单独引用。因此，目前来看，这是一个典型的、汇编式的民法体例，而非法典型的立法体例。但是，待这些所有单行法都出台之后，可能会对它们进行整体的梳理和排列，实现此目标的时间表目前还难以确定。因此，中国将要出台的《中华人民共和国民法》将不是传统概念上的民法典，而是一个对于现行的或者未来将要制订或者修订出来的民事单行法的汇编。但是，需要明确指出的是，这部《中华人民共和国民法》并非代表了中国民法体系的全部，而只是包含了其中的最主要的部分，其他立法如《民事诉讼法》、《仲裁法》以及知识产权法等，还是以《中华人民共和国民法》以外的民事单行法的形式存在。但是，为了称呼上和使用起来方便，以及与其他单行的民事立法的区别，我们姑且可以将其称之为“民法典”。

（原载于《河南省政法管理干部学院学报》2009年第6期）

---

1. 参见王卫国主编：《中国民法典论坛》，中国政法大学出版社2006年9月第1版，第132页。
2. 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2002年5月修订第3版（增补本），2002年11月北京第305次印刷，第1066页。
3. 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2002年5月修订第3版（增补本），2002年11月北京第305次印刷，第1490页。

4. 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2002年5月修订第3版（增补本），2002年11月北京第305次印刷，第1403页。
5. 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2002年5月修订第3版（增补本），2002年11月北京第305次印刷，第1242页。
6. 《光绪朝东华录·三十三年五月辛丑》，中华书局1958年版。
7. 参见张晋藩主编：《中国法制通史·隋唐卷》，法律出版社1999年1月第1版，第464~465页。
8. 参见张晋藩主编：《中国民法通史》，福建人民出版社2003年1月第1版，第2~3页。
9. 参见王卫国主编：《中国民法典论坛》，中国政法大学出版社2006年9月第1版，第144页。
10. 参见王卫国主编：《中国民法典论坛》，中国政法大学出版社2006年9月第1版，第144页。
11. 参见法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年10月第1版，第148页、第149页、第152页。
12. 法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年8月第1版，第60页。
13. 参见由嵘：《从法典化传统看中国制定民法典的必要性》，载杨振山、【意】斯奇巴尼主编：《罗马法·中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版，第158页。
14. 商务印书馆辞书研究中心修订：《新华词典》，商务印书馆2001年修订第3版，第252页。
15. 参见何勤华、魏琼主编：《西方民法史》，北京大学出版社2006年12月第1版，第514页。该书实际上提出了法典化至少应当具备四个条件，笔者赞同其前3个条件，不认为“法典是最正式的、最高的法律渊源”的提法，因为，任何经过国家立法机关通过的法律都是正式的和法律的渊源，其适用性是平等的，除非存在有特别法优先于普通法的情况。法典的性质和适用性与其他法律的性质和适用性是一样的。
16. 参见何勤华、魏琼主编：《西方民法史》，北京大学出版社2006年12月第1版，第518~519页。
17. 参见梁慧星：“当前关于民法典编纂的三条思路”，载徐国栋编：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年10月第1版，第3页。

论中国民法的体系

中国民法体系是目前中国民法学界研究的热点问题。这不是个新问题，但是，却直接关系到中国民法典的编纂及对中国现行民事单行法的梳理、修订，以及中国民法的发展方向与前景。中国民法及民法学研究现在存在着以下几个比较普遍的现象：重具体制度的研究，轻基础理论的研究；重现行法律的研究，轻总结性的研究；重个别制度的研究，轻体系性的研究；重对外国民法评介性研究，轻对外国民法比较性的研究；重制度完善性的研究，轻对现行法律梳理性的研究；重对外国民法体系的研究，轻对中国自身民法体系的研究。这些现象已经影响到中国民法及民法学的进一步发展，应当引起学术界的高度重视。笔者认为，经过解放后60年来我国民法学界的艰苦努力，我国民法及民法学的研究已经发展到了一个相当高层次的水平，一个具有中国特色的民法及民法学体系已经基本形成。但是，若从严格的大陆法系的民法体系的逻辑结构上看，中国现有的这些民事法律规范，还不足以构成科学的、体系完整的、足以与世界各国比肩的民法体系。本文拟从构建中国科学的民法体系出发，就中国民法体系构建所需要的基本理论问题进行一些初步地探讨，以期有助于中国民法的进一步发展。

一、民法体系的含义

（一）法律体系的概念

法律体系，也称法的体系，是指法律规范以法的部门划分为基础而构成的一个和谐的有机整体。[注]依据系统论的观点，一国的法律体系，是由若干子系统所组成。主要有以下三个子系统：一是部门法体系，它以法调整的社会关系的不同性质作为主要划分标准，是一种横向关系。二是法的效力等级体系，它以法的效力位阶的不同作为主要划分标准，是一种纵向的关系。三是实体法与程序法体系。程序法的设定以实现实体法为目的，其相互关系具有目的和手段、内容与形式的性质，具有纵横交错的特点。无论是在以成文法为主的国家里，还是以判例法为主的国家里，这三个主要子系统都是客观存在的，只是具体形态不同而已。它与法制体系与法学体系既有联系也有区别。法制包括全部法律以及与法律的制定和实施有关的各项制度，包括立法制度、审判制度、检察制度、监狱制度、律师制度……等等。法制应当包括法律在内，没有法律，也就无所谓立法制度与司法制度。因此，法制体系比法律体系的内容要广泛，它应包括法律体系以及立法体系、司法体系、法律监督体系等。在整个法制体系中，法律体现是核心，是基础，立法和司法等体系的原则和主要内容应当以现行法律为依据。

法律体系是实然性与应然性的统一。法律体系不仅是一国现行法律规范的总和，而且还应当是以现行法律为基础，同时要求充当考察包括正在制定或需要制定的法律规范在内的有机的统一整体。建立中国的法律体系不仅要求对现有法律按照一定标准和原则进行分类、组合、归纳，以构成一个科学的法律体系，而且要求根据法律体系的总体要求以及调整各方面社会关系的需要，有步骤地建立起门类齐全、体系严谨的各种法律。在这个体系中特别要包括正在制定或需要制定的法律规范在内，否则，只强调对一个国家现有的法律作为一个整体加以客观的描述，那这种法律体系的理论对立法和司法工作就没有多少指导作用。

法律体系属于科学原理的范畴，它对法制建设具有重大的指导意义。它不仅对法的制定和法的实施具有指导作用，而且对于法典编纂、法律清理、法规汇编、法学教育和法学研究的规划与实施等均具有直接的指导作用，它能保证其系统性和科学性，可避免其盲目性和杂乱无

章。因此，它也是我们研究各部门法学时必须涉及的重要内容。

（二）法律体系的基本特征

法律体系的基本特征可以概括为以下五个方面：

1、内容的完备性

该特征要求一国的法律各部门门类齐全，以保证社会生活的各个领域都有法可依。法律的完备，在任何一个国家都是一个过程。中国经过30年的努力，法律体系已经基本建立了起来。但是，在市场经济法律方面，还有一些重要法律需要制定，如正在制定过程中的民法典和正在酝酿、讨论中的商法通则等，这都是建立市场经济体制过程中必不可少的基本法律。

2、形式的科学性

该特征要求法的形式，包括法的名称、法的术语、法的技术性结构、法的公布、法的生效等要科学与统一。这主要应由《立法法》等法律调整和规范。该特征关系到国家法制的统一和法制的系统的科学性与适应性。

3、结构的严谨性

该特征各种法规成龙配套，做到上下左右紧密配合，以构成一个有机整体。例如，仅有民法典不行，还要制定一系列法律，以配合与保证民法典的实施。这些配套的一系列法律中，既要包括诸如《担保法》、《专利法》、《商标法》等法律，更要制定诸如商法通则、公司法、保

险法等商事法律。而在所谓“大民法”的概念下，商事通则等商事法律被看作是民法的特别法，但是，需要强调的是：由商事通则等法律组成的商事法律体系，在国家的法律体系中是一个相对的独立的法律体系，这里相对只是相对于民法而言，而相对于其他法律部门而言商事法律体系则是完全独立的法律体系。

4、内部的和谐性

该特征要求法的各个部门、各种规范之间，应彼此和谐，既不能相互重复，也不能相互矛盾。这里涉及到一个法律体系内部各部门法间的和谐问题。拿民法与商法来说，即使将他们统称为民商法体系，但是，在它们内部也存在一个和谐的问题。民法与商法毕竟在调整范围、立法价值、主体范围等方面存在着诸多的区别和差异，因此，在立法中就应当关注它们之间的区别和差异，既不能够一味地强调民法的统帅作用，忽略商法的独立性，而导致忽视甚至抹杀商法其自身所固有的特性；也不能过多地强调商法的独立性，而忽视其与民法的密切联系。因此，如何正确地把握这个度，是我们应该研究的重要问题，它直接关系到中国法律体系的构建。

5、协调发展性

法律体系不是僵化凝固的，而是发展变化的。法也不是一个孤立的现象。在法律体系的发展变化中，要求在宏观上和微观上注意并做到法同外部条件的协调发展。尤其是社会经济发展的客观条件。这一点在民商事立法中尤为重要。因为，我们知道，商事活动是异常活跃的，它直接会影响社会的经济生活状况，而作为调整商事关系的商法也必须是与时俱进，不断发展的。僵化的商法体系是不能适应社会发展的需要的，构建一个开放性的、有发展空间的商法体系，才是立法者的明智之举。因此，这就是我们不赞成制定一部统一的商法典或者以民法典代替商法

通则作用的根据之一。民法典与商法典都具有一定的稳定性和严谨的结构，不能轻易更变和改、废，而商事通则等法律如与法典比较起来，则更具有灵活性和发展空间。同时，民法体系也不仅仅是一部民法典就可以完全涵盖的，它应是一个以民法典为核心（基础）的一个整体的民事法律体系，该体系不是僵化的，而是开放性，不断发展着的，那种企图以一部民法典而涵盖民法的全部，从而实现所谓“毕其功于一役”的想法，是值得商榷的。

（三）部门法体系

部门法亦称法律部门，是依据一定的标准与原则所划分的同类法律规范的总称。而对于划分的标准，则有各种不同的看法。一般认为，其根本标准就是法律所调整的社会关系，即法律调整对象的不同性质和特点。㊟中国目前将法律划分为宪法、行政法、刑法、民商法、经济法、劳动法与社会保障法、教科文卫法、自然资源法与环境保护法、婚姻家庭法、知识产权法、军事法、诉讼法和特别行政区法等部门。其中民商法部门将民法与商法合而为一统称民商法律部门，这显然是受到所谓民商合一模式的影响，但是，我们应该看到，尽管可以这样用这个名称来描述这个法律部门，可是，我们应当清醒地认识到，民法与商法实际上是存在着诸多区别和差异的，不能简单地将它们混而为一，坚持这种观点的人，可能是受到了在计划经济体制下，曾长期否认商法的观念的影响。因而，从发展的角度看，我们完全可以将民法体系和商法体系分别从民商法体系中剥离出来，使其成为各自相对独立的法律部门，从而实现部门法体系的科学性与协调性。

（四）民法体系的含义

所谓民法的体系是指民法作为一个独立的法律部门，其内部具有逻

辑联系的各项民事法律制度所组成的系统结构。它是民事立法成果的体现，也是民法从理性到具体实践的过程。

民法体系有广义与狭义之分。广义的民法体系包括民法法规体系和民法学体系，即民法渊源意义上的民法体系与民法学体系即民法学说意义上的民法体系；狭义的民法体系则仅指民法法规体系。一般所指民法体系，乃从狭义上而言。从民法渊源角度来说，民法法规体系乃民事基本法、民事特别法、民事习惯法和其他有关实质性民法所组成的有机联系的整体。从民法规范的内容角度来说，可以认为，在传统民法的体系上主要包括：民法总则、物权法、债权法、亲属法、继承法等内容。民法总则包括：民法的调整范围、民法的基本原则、民事主体制度、民事客体制度、法律行为制度、诉讼时效制度、民事责任制度等内容。物权法主要包括：所有权制度、他物权制度（主要是用益物权制度）。债权法主要包括：契约制度与侵权制度。亲属法主要包括：婚姻制度和家庭制度。继承法包括：继承顺序、继承人地位、遗嘱、继承契约等内容。总之，在传统民法的体系上，基本包括人法与物法两大内容。关于此，我们可以从世界各国现有的、比较有代表性的民法体系中得出更加直接的、明确的结论。

二、民法体系的结构

（一）民法体系结构概说

在大陆法系国家中，都已制定了民法典，以民法典为中心的民法规范也形成了内容较为完备的民法体系。进入20世纪之后，尤其在20世纪下半叶，现代民法在体系上打破了传统民法的格局，它已不再局限于民法总则、物权法、债权法、亲属法、继承法等内容，已经将人格权法、

侵权法和知识产权法等纳入到民法体系中，从而，形成了一个以人法、物法和智力成果法三足鼎立的民法体系。

以物权法为例，物权的客体已由传统的有体物扩大到无体物，进而，出现了新型物权，如环境权、建筑物区分所有权等。土地所有权已经形成了空间、地面及地下三维利用的立体化权属格局。担保物权也出现了诸如最高额担保、浮动抵押、所有权保留等新类型。

债权法方面出现了格式合同制度、电子商务契约制度、后契约义务等新内容。此外，信托制度的出现与发展，也拓宽了民法体系的范畴。上述这些新的内容，构成了具有时代特色的当代民法体系。

（二）世界各主要国家的民法体系结构之比较

要研究民法体系，首先要对世界上各国现有的民法体系结构有一个大致的了解。这里，我们把目前大陆法系和英美法系中各国比较有代表性的民法体系作一次简要的巡礼，以期使我们对各国的民法体系有一个基本的认识。

从世界的角度看，大陆法系国家的民法体系又有民商分立国家与民商合一国家之分别。

1.民商分立国家的民法体系结构之比较

在民商分立国家，民法典即为关于民事主体法和民事行为法的系统性规定，而对于商主体和商行为则由商法典来调整，同时，往往还制定了公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法。

（1）法国与德国民法典体系之比较

法国民法体系是以1804年制定的《法国民法典》为核心构成的。民法典共为三部分，第一部分为人，分为十二编：民事权利；身份证书；

住所；失踪；婚姻；离婚；亲子关系；收养子女；亲权；未成年监护及解除权；成年与受法律保护的成年人；紧密关系民事协议与同居。第二部分为财产以及所有权的各种变更，分为四编：财产的分类；所有权；用益物权、使用权与居住权；役权或地役权。第三部分为取得财产的各种方式，分为一个总则及二十编：继承；生前赠与及遗嘱；契约或约定之债的一般规定；非因约定而发生的债；夫妻财产契约与夫妻财产制；买卖；互易；租赁契约；公司；借贷；寄托与讼争物的寄托；射幸契约；委托；保证；和解；仲裁；质押；优先权与抵押权；不动产扣押与债权人之间的顺位；时效与占有。[注]整部法典的三分之二的内容是调整财产关系的，从静态的财产所有权关系，到动态的财产流转关系，都纳入到该部法典之中。她所表现出来的庞大的体系结构，涵盖了作为社会细胞的家庭关系和社会经济关系的各个方面。

德国民法体系的核心仍是1900年1月1日起施行的《德国民法典》。其由五编组成：第一编总则，包括：人；物和动物；法律行为；期间；消灭时效；权利的行使、自卫、自助和担保的条件七个部分。第二编债法，包括：债的内容；因一般交易条款而形成的法律上的债；因合同而形成的债；债的消灭；债的转让；债的承担；多数债务人和债权人；各种之债。第三编物权法，包括：占有；地上权的一般规定；所有权；役权；先买权；物上负担；抵押权、土地债务及定期债务；动产质权和权利质权。第四编亲属法，包括：婚姻；亲属；监护、照管及保护。第五编继承法，包括：继承顺序；继承人的法律地位；遗嘱；继承合同；特留份；继承不适格；继承的抛弃；继承证书；遗产买卖。[注]

《德国民法典》是德国私法的一部分，包括适用于一切在法律往来中的市民相互之间关系的规则，它位于整个德国私法体系的中心。[注]但是，与法国不同的是，《德国民法典》公布后，同时或相继公布了一些必要的附属法律，这些法律都与民法典同时施行，主要包括：《民法典施行法》、《关于强制拍卖与强制管理的法律》、《不动产登记法》和《非讼事件程序法》，其中最主要的是《民法典施行法》，其共218

条，分为4章，其详细地规定了民法典与其他法律的关系、与各邦的邦法的关系，以及一些过渡性规定，全面而彻底地统一了全德的私法。

《德国民法典》与《法国民法典》在体系及体例结构上至少有以下重要的区别：

第一，《法国民法典》将“人法”置于“物法”之前，而《德国民法典》正相反。

将所谓“人法”置于“物法”之前，给人一种《法国民法典》注重“人文理念”的印象。但是，笔者对此看法则不以为然。笔者认为，《法国民法典》之所以采此种编纂体例，除了继承了《法学阶梯》的编法以外，可能还考虑到这样一个简单的逻辑，即：民法乃人法，没有人便没有制定民法之必要，将“人法”置于“物法”之前，恰恰反映了民法乃调整市民社会关系的基本法这个基本理念，而这个市民社会又是由权利主体之一——自然人所组成的，如没有对权利主体——自然人与法人关系的规范为前提，其他对于所谓“物”的规定就失去了存在的基础和价值，因而，将“人法”置于“物法”之前，从自然逻辑上看也是理所应当的。而产生这个思想的社会和政治的基础，就是《法国民法典》制定时正值法国大革命刚刚发展到一个阶段，封建主义对人及人性摧残的噩梦依旧萦绕在法国立法者和人民的心头，因此，尽快以法律的形式将人的根本价值与法律地位确定下来，乃当时法国资产阶级的首要使命，因而，作为大革命的重要成果之一的《法国民法典》的首要任务之一就是从民法基本法的角度，确立“人”在法律上的地位，以实现《人权宣言》中所宣示的“人生而平等”的宪法理念在民法中的体现。而到了《德国民法典》的制定时期，德国社会已经进入了资本主义的垄断阶段，人掌握财富的多寡已经和人的社会地位、人格的内涵等因素紧密结合在一起，因此，德国的立法者既不想重复法国的编纂体例和体系，更希望通过民法典为大资产阶级的利益服务，从法律上保护现有的经济体制和财富分配的原则及现状。如果德国立法者在《法国民法典》颁布后的近100年后仍然沿用或者套用法国当年的立法理念和体系或体例，那既非争强好胜的日耳

曼民族的心态，也不会使得《德国民法典》因适应社会发展的需要而成为一部具有划时代意义的伟大民法典，并且使得这部民法典成为一部能够与《法国民法典》并驾齐驱的法学杰作了。因此，笔者认为，德国与法国在制定民法典时对民法典的体系和体例所表现出来的不同点，恰恰是这两个国家的统治者，在不同时代对于其自身利益的不同的要求的真实的、历史的反映。而根本不是用所谓《法国民法典》体现“人文主义”，《德国民法典》体现“物文主义”这样简单的论断就可以解释清楚的，那是对这两部伟大杰作的误解与误读。

第二，《法国民法典》没有设立总则编，而《德国民法典》则开创了将总则编作为统率全法典的新的立法模式。

《法国民法典》体系又可称为罗马式，该体系最初是由《法学阶梯》创设的，分为“人法、物法、诉讼法”三编。这种三编的编纂体例基本被法国民法典所接受，《法国民法典》只是删除了其中的诉讼法内容，把物法分为财产及对所有权的各种限制和取得财产的各种方法。[注]由于采纳了此种体系，法国民法典没有总则，[注]缺少有关民事活动的一般原则的规定，而将这些一般规则和原则体现在学者的论述和学理中。瑞士、意大利等欧洲国家的民法，以及受法国法影响的一些国家的民法典中也没有总则的内容。造成这种情况的原因分析起来主要是受到罗马法特别是《法学阶梯》的深刻影响。

罗马法特别是《法学阶梯》是法国民法典重要的材料来源之一，其结构、内容、形式等多为法国民法典所仿效。产生这种情况的主要原因是与法国法制发展的历史进程密切相关的。早在远古时代，法国土地上就已经有人居住，其最早出现的居民是腓尼基人（Phoenicia），但后来他们于公元前1000年左右移民到了今天的摩纳哥和温德勒斯港。到公元前600年左右，凯尔特人（Celtes）的中欧地区操印欧语的部落进入了法国，这就是法国人的祖先，他们被罗马人称为“高卢人”（Gaulois），他们生活的地区也被罗马人称为“高卢地区”。公元前2世纪末，罗马开始入侵高卢。至公元前56年底，高卢地区为罗马的凯撒所征服，沦为罗马

的行省，其政治、经济、法律开始逐步罗马化。特别是伴随着天主教会获得了法律上的特权，罗马帝国皇帝卡拉卡拉（211~217年在位）颁布敕令，承认罗马境内一切自由民都具有罗马公民的资格，罗马法律也就自然而然地在高卢地区获得适用。在从此以后的一千多年间，无论是在法兰克王国时期还是在法兰西王国时期，罗马法对法国法的影响一直很大。西罗马帝国灭亡以后，在法国南部罗马人居住区内适用的仍然是罗马法，而且当任何领域的习惯法规则缺乏时，即可援用罗马法的原则。13世纪以后，随着《国法大全》的重新发现，罗马法的影响更为扩大，罗马法成为法国南部的基本的法律渊源，适用习惯法反而成为了一种例外。注例如在债权债务制度上，罗马法在调整买卖、借贷、租赁等债务关系方面，虽然其间结合了宗教的诚信原则，但是，罗马法仍然居于支配地位。由此可见，法国民法典仿效罗马法特别是《法学阶梯》的立法模式的做法，不是空穴来风，更不是随手拈来，或者显示了什么高贵、高级的特征，而是有着其深远的历史文化渊源的。

而《德国民法典》设置总则编的做法始于18世纪普通法对6世纪优士丁尼大帝所编纂的“学说汇编”所做的体系整理。《德国民法典》采纳了这一立法例，即在民法典中设置总则编作为统领全法典并且适用于民法各个部分的基本规则。民法总则的设置可以说是德国民法典的一大特色，充分体现了德意志民族抽象、概念、体系的思考方法。注这种立法上的特色，有着其深刻的历史根源。18世纪末的法国立法者认为，自然法在内容上是理性的，因为它只包含一些法则，要把这些法则表达出来，用《法学阶梯》的体例制定一部以清楚明确、简练严谨的方式表达出来的法典，更具普遍实用价值，而无需设置总则部分。而19世纪末的德国立法者比较重视经过许多著名罗马法学家集体编成的法学著作，特别是19世纪由于德国民法学的勃兴，德国法学家对《学说汇纂》的研究已经取得较系统的成就，如《潘德克顿法学》教科书的问世，使德国法学家对五编制的民法体系极为熟悉，从而使《德国民法典》采用《学说汇纂》体例由可能变为现实。该体系就是潘德克顿学派在注释罗马法的基础上发展起来的，主要是在对《学说汇纂》的解释的基础上所形成

的。在研究中，潘德克顿派的学者将人法与物法再加以深入分析，将其分为亲属法、继承法、债法与物法，并且将这种法则的共同点归纳而统摄出总则编。(注)该体系最早被胡果在1789年出版的《罗马法大纲》一书中采用，最后由萨维尼在其潘德克顿教材中采用。该体系把民法典分为五编：总则、物权、债权、亲属、继承。首先确定了总则，规定民法共同的制度和规则，然后区分了物权和债权，区分了财产法和身份法，把继承单列一编，从而形成了有别于法国民法典的独具特色的体系。大陆法系绝大多数国家都接受了该种立法体系，如日本、俄罗斯、葡萄牙、希腊、韩国、泰国和中国台湾地区、澳门地区等国家和地区的民法。该体系使得各项民事法律制度中具有共性的内容得以在总则中体现，这样一方面有助于把握各种民事制度的机械结合，更能体现法典的逻辑体系。

通过上述论述，笔者认为，《德国民法典》的“五编”结构，与《法国民法典》的“三编”的结构，应当说是各有千秋，他们各自代表了不同时代民事立法的最高水准。但若从大陆法系对于法典的逻辑性和系统性的要求来讲，《德国民法典》体系较之《法国民法典》可能更加适应当代社会的需要。因为，《法国民法典》的体例结构如果用现在的立法理念来分析，存在着明显的缺陷，例如，在“取得财产的方法”下，把继承和捐赠、契约和侵权行为、婚姻财产、特殊契约、抵押和时效等罗列在一起，显得零乱无章、缺乏系统性，整部法典的逻辑结构被严重破坏。而《德国民法典》的五编排列是演绎式的，是由抽象的概括的原则出发，逐步走向具体。先是总则，对抽象的原则性问题予以规定，而后债、物权、亲属、继承，都是较为具体的法律关系。因此，中国制定民法时，应当学习《德国民法典》的体例设置总则部分，并充分体现其体系的严密的逻辑性。

第三，《法国民法典》包含了很多属于商法的内容，而《德国民法典》则严格遵守民商分立原则，几乎没有涉及到商法的内容。

从立法体系和体例上说，《法国民法典》并不是严格意义上的民商

分立模式。其第三部分“取得财产的各种方式”中的第八编和第八编（二）所涉及的部分内容基本上可以划归为商法的内容，其中规定了牲畜租养、房地产开发合同和公司等的一般规定。而《德国民法典》中则没有这些内容，关于公司等商事组织的规定主要还是来自于商法典和一些商事单行法。《法国民法典》之所以将一些看似属于商法调整的内容纳入到民法中的做法，也是可以理解的，因为，法国立法者认为，公司、合伙等形式也属于一般民事主体，将有关它们的一些基本规则纳入民法典中也属于民法应有之义。这也就难怪现行的《法国商法典》已将1807年颁布时的分为商事总则、海商、破产及商事法院等四卷，共计648条的，内容较为完备的法典的绝大多数条款废除或修改，目前继续有效的仅140条，其有限的条款仅涉及商人、商业会计、商品交易所、居间商、质押和行纪商、商行为证据、汇票和本票、商业时效以及商事法庭等内容。而且这些现存条款对这些方面的规定大多很原则，有的仅有个别条款，已远不能适应实践的需要。因此，在当今法国，大量的商事立法，包括在上述这些商法典已涉及方面的立法，如票据等，以及有关商事公司、商业登记、海商、破产、银行、有价证券、商事租约、营业资产等方面的法律，均未正式编入商法典，而是采取其他的形式予以规范和公布。而现行的《德国商法典》与《法国商法典》比较起来，无论其内容还是体系都要比《法国商法典》要完整和实用得多。现行的《德国商法典》分为五编：第1编为“商人的身份”，下设商人、商业登记簿、商号、经理权和代办权、商业辅助人和商业学徒、代理商、商事居间人等七章；第2编为“公司和隐名合伙”，下设无限公司、两合公司、隐名合伙等三章；第3编为“商业账簿”，下设对所有商人的规定、对资合公司的补充规定、对登记合作社的补充规定、对保险企业的补充规定、私人提出账目委员会及提出账目咨询委员会等五章；第4编为“商行为”，下设一般规定、商业买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业、仓库营业等六章；第5编为“海商”，其具体内容另行刊载。《德国商法典》对于商事主体和商事行为尽管规定得较为全面，但仍未涉及任何票据法、破产法、保险法的内容，有限责任公司法、股份有限公司

法、合作社法、有价证券法、银行和交易所法、证券保管法、保险法和反不正当竞争法等内容也未包含于商法典中，而是以单行法的形式出现的。但是，不管怎样理解，从法律体系上看，与《法国民法典》相比，《德国民法典》可能更加“民法化”，其内容和体系更加符合民法体系的结构要求，是一部名副其实的民法典。

第四，《德国民法典》更加注重法典的内在逻辑和整体的完整性，而《法国民法典》在体系上则显得松散，内容庞杂。

在法典的整体体系方面，《德国民法典》的五编制更加注重法典的内在逻辑和整体的完整性，总则作为整部法典的统率，就民法中抽象的最基本的原则予以规定，而后在后面的各编中再就债、物权等各个具体的法律关系和制度加以明确、具体的规范，在编以下分章，由章而节，也是一个由一般到个别，由抽象到具体的逻辑体系。譬如债编，先由债的普遍原则起，到各种债务关系。亲属编由亲属关系的基础——婚姻，继之以亲属和监护。[注]而《法国民法典》在体系上与《德国民法典》比起来，则显得松散，内容庞杂。譬如，《法国民法典》在第三部分“取得财产各种方式”中，把继承与赠与、契约与侵权行为、婚姻财产、公司、抵押和时效等毫不相干的内容都放在一起，而使第三部分成为一个大杂烩，也使得整部法典的体系结构显得杂乱无章，既不利于学习、掌握，也不利于顺利查找，因而，其这种编纂体系与《德国民法典》比起来，就显得不够严密和精炼。这是这两部法典比较明显的不同之处。

2.日本与韩国民法之比较

日本的民事立法肇始于明治维新之后。1870年明治政府设立民法典编纂委员会，决定以法国民法典为蓝本，编纂日本民法典。可是因为许多人的反对而夭折。1880年日本邀请法国学者起草民法典，10年后，1890年第一个日本民法典（史称旧民法典）公布施。但因“民法论争”，使得旧民法典未能如期施行。于是，明治政府决定编纂新民法典。这次

编纂民法典没有邀请外国学者参加，不再以法国民法典为蓝本，而改为以德国民法典第一草案（1888年发表）为蓝本进行编纂。1895年新民法典前三编（总则、物权、债权）由国会通过，1896年公布。1898年后两编（亲属、继承）获国会通过，1898年7月起施行。在至今100余年的时间内，日本民法典已经过30多次修订，其中最重要的修订是1947年的那次修订。之后，1971年和1987年等又进行了几次比较重要的修订。从而形成了目前我们所看到的《日本民法典》。

从体系上说，《日本民法典》共分为五编1044条，第一编总则，包括：人、法人、物、法律行为、期间和时效六章；第二编物权，包括：总则、占有权、所有权、地上权、永佃权、地役权、留置权、先取特权、质权、抵押权；第三编债权，包括：总则、契约、无因管理、不当得利、侵权行为；第四编亲属，包括：总则、婚姻、父母子女、亲权、监护、扶养；第五编继承，包括：总则、继承人、继承的效力、继承的承认及放弃、财产的分离、继承人的不存在、遗嘱、特留分。

在日本民法体系中，除了民法典外还包括40余件用以对民法典进行修订、补充的配套的民事单行法，其中最重要有：《民法典施行法》（1898年公布）、《附则》（1947年公布）、《不动产登记法》（1899年公布）、《遗失物法》（1899年公布）、《工场抵押法》（1905年公布）、《户籍法》（1947年公布）、《汽车损害赔偿保障法》（1955年公布）、《企业担保法》（1958年公布）、《建筑物区分所有法》（1962年公布）、《假登记担保契约法》（1977年公布）、《借地借房法》（1991年公布）、《借地借房法》（1991年公布）、《制造物责任法》（1994年公布）等。这些民事单行法均是为了不断完善及修订、补充民法典而制定的，反映了日本立法者既欲维护民法典的相对稳定性，又注重民法典对于现代社会经济的适应性和发展性，很值得我国立法者借鉴。

综上所论，日本民法体系的结构可以归纳为：以民法典为核心，以民事单行法为补充的统一的、有机的整体。

日本民法典在体系结构、立法历程和主要内容上至少具有以下几个基本特征：

（1）其基本体系（体例）以德国民法典为蓝本。

（2）在作为民事基本法的民法典之外，还制定有一定数量的作为民法典补充的民事单行法。

与日本同属东亚地区的韩国的民法的发展历程则与日本大相径庭。

韩国的法律在历史上长期受到中国法律的影响。19世纪中叶以前，继受中国法是韩国法律的一个主要特色。据班固记载，早在殷商末年，殷商大臣箕子离开殷商就去了朝鲜半岛，在那里，他教授当地民众中国的礼仪、文化，以及纺织、耕田、音乐技术，并且为朝鲜设立了所谓犯禁八条：相杀，以当时偿杀；相伤，以谷偿；相盗者，男没入为其家奴，女子为婢；等等。[注]隋唐时期，唐律已传入朝鲜半岛。据韩国学者延正悦考证，朝鲜高丽时代，高丽的刑法皆仿照唐律而立。[注]高丽末年，大明律传入朝鲜，15世纪李朝颁布的法典《经国大典》，乃“远据周官，近本《大明会典》，为李朝四百余年之根本法典”。[注]直到20世纪初，朝鲜仍参酌《大明律》编订《刑法大全》。

朝鲜接触西方法律也是通过中国传输的。明清之际，西方传教士把西方的科学文化书籍带来中国，在中国翻译成汉语，朝鲜派往中国的使臣携带了许多汉译西书返回朝鲜。但是，西方思想真正直接影响到韩国，则是19世纪70年代以后，特别是1895年中日甲午战争之后，朝鲜逐步脱离中国的势力范围，而被迫纳入日本体系中去了。1897年朝鲜改国号为“大韩帝国”，1899年颁布《大韩国国体》，最终成为了日本的保护国，其法律体系也转向日化。

由于1895年到1896年民法起草工作的夭折，韩国更加倚重于日本的帮助，1905年日韩又签订了乙巳条约，韩国进入了所谓的“统监府”时代。1910年日本公布了“韩国并合条约”，宣布强行吞并朝鲜，从而使得朝鲜彻底沦为日本的殖民地。1912年日本驻朝鲜总督公布了《朝鲜民事

令》，而该民事令也就成为1945年以前日本殖民地时期朝鲜民事基本法令。

该法令在财产法上基本上依用日本民法典前三编的内容，此即韩国历史上的所谓“依用民法”时代。但是，在关于物权的创设和保有、人身法、亲族、相续等方面仍然保留朝鲜旧有习惯。为了加强对韩国的统治，日本还是将日本的家和户主的概念强行输入到韩国的户主相续制度中，严重背离了韩国自17世纪以来流行的诸子平分制的习惯。

1945年日本战败后，朝鲜半岛北纬38度以南地区为美军所统治，1948年大韩民国政府成立，韩国政府开始构筑自己的法律体系，民法典的制定便被提上了议事日程。

在1947年曾由当时的过渡政府成立的“朝鲜法制编纂委员会”起草过一份《朝鲜临时民法典编纂要纲》。1948年12月15日又以该要纲为基础，出台了《民法典编纂要纲》，自此，民法典的起草工作正式开始。经过10年的磨砺，1958年2月7日，国会将审议通过的民法草案移送政府，2月22日公布，1960年1月1日起施行。

1960年开始施行的韩国民法典，采用德国潘德克顿式的立法体例，分为总则、物权、债权、亲族、相续5编，共计1111条，附则28条。第一编总则形式上是关于民法典一般原理的规定，第二三编是有关财产关系的规范，后两编属于家族法规范的内容。总则编设通则、人、法人、法律行为、期间、消灭时效七章。物权编分为总则、占有权、所有权、地上权、地役权、传贳权、留置权、质权、抵押权共9章，以法定形式确定了八种物权。债权编由总则、契约、事物管理、不当得利、不法行为5章组成。亲族编由总则、户主与家族、婚姻、父母与子、监护、亲族会、扶养、户主承继8章组成。相续编由相续、遗言、遗留分3章组成。

韩国民法典颁布实施后，已经过7次修改，修改的重点是家族法部分，尤其是1990年的修正，导致在家族法的许多重要的细节方面发生了巨大的变化，因为1960年施行的韩国民法典在家庭、婚姻和继承制度中

受到了中国和日本传统文化的强烈影响。1977年立法机关颁布了第3051号法律，对民法典家族法做了一次较大的修订，就父母对于子女结婚的同意权、夫妻所属不明财产之共有、协议离婚的程序、亲权的行使、继承份额的划分等内容予以了修正，同时，引入了遗留份制度。此次修订仍然未能彻底改变家族法传统保守的特色，因而，要求继续修订家族法的呼声并没有减弱。1990年1月终于颁布了以修正家族法为内容的民法修正法。该修正法调整了亲族的范围，实行父母双系并立原则、改户主相续制为户主承继制、亲权行使上保证父母双方权利的平等、取消所有财产继承方面的差别、引入离婚配偶财产分割请求权的规定等新制度和规范，使得韩国民法典家族法部分焕然一新，基本上反映了现代社会婚姻家庭制度的变革。除了对家族法和财产法做了一定的修订外，还对民法典的附则进行了修订。

经过上述多次修订后的现行的韩国民法典的体例为：第一编总则，分为通则、人、法人、物、法律行为、期间、消灭时效，共七章。第二编物权，分为总则、占有权、所有权、地上权、地役权、传贯权、留置权、质权、抵押权，共九章。第三编债权，分为总则、契约、无因管理、不当得利、侵权行为，共五章。第四编亲属，分为总则、户主与家属、婚姻、父母与子女、监护、亲属会、扶养、户主承继，共八章。第五编继承，分为继承、遗嘱、遗留分，共三章。全法典共1118条，附则3条。[注]

除了民法典之外，构成韩国民法体系的法律还包括大量的单行民事法律。如《集合建筑物所有及管理法》、《假登记担保法》、《住宅赁贷借保护法》、《不动产登记特别措置法》、《不动产权利者名义登记法》等等。这些单行法律实质上是对民法典的补充和修订。其目的一是为了保证民法典的稳定性与完整性，二是为了解决民法典与70年代以来社会和经济迅速发展变化的步调不相协调的需要。

综观日韩两国民法体系尽管也存在着差异，但从整体上看，二者具有极其的相似性，尤其是他们的体例、结构、内容、体系等各个方面均

如同两个孪生兄弟般的相似。比如，民法典的体例结构均为五编制；总则编中除了韩国民法典有一个通则外，其余内容、结构基本相同；物权编和债权编中除了个别的制度以外，几乎如出一辙。究其原因除了地理、文化的原因外，历史和所共同面临的时代，恐怕也是重要的因素。两国在二战以后的崛起中，他们所处的国际政治、经济环境，和所经历的成功与挫折也是相似的。因此，这也使得他们在政治、经济、法律领域里的交流与互动也日益加强。

（二）民商合一国家的民法体系结构之比较

在民商合一国家，由于形式商法的缺失，没有商人与商行为的特别界定，因而没有所谓主体法与商行为法的区分。但是，各国都无一例外地在民法典之外制定了公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法或称之为民事特别法。为了能够全面地理解各法系和各国民法体系的基本情况，笔者认为，有必要对于奉行民商合一立法模式国家的民法体系做一些简单的研究。这里主要研究比较瑞士与荷兰、俄罗斯与意大利四国民法体系的基本特征。

1.瑞士与荷兰民法之比较

瑞士民法典1907年12月10日经瑞士联邦会议通过，于1912年1月1日正式生效。该法典继承了《法国民法典》和《德国民法典》的优秀之处，但并不局限于此，创造了具有瑞士特色的民法体系和法律制度。首次提出了一般人格权概念，开民商合一立法模式之先河，并为后世各国民法典所效仿，是世界民法立法史上的一个重要的里程碑。

瑞士民法典由《导编》和五编构成，前四编共计977条，第五编共1186条。《导编》部分包括第1条到第10条，规定了该民法典适用的一般原则、法律关系的内容、与各州法律的关系等。该《导编》不属于民

法总则的范畴，应与《法国民法典》的《序编》一样，《序编》这6条规定不只是民法的问题，而是一切“法律”的几个基本原则。而且这个《前编》没有与以下各编统一编号。据说，这6条当时制定时不只是作为民法的前6条，而是作为当时计划中的不可几个法典（民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典）的一个总法典的《前编》的。[注]第一编，人法，包括公民和法人两章，主要规定公民和法人的权利能力、行为能力，公民的身份登记以及法人的成立要件和法人的种类；第二编，亲属法，分别规定了婚姻、家庭和监护等问题；第三编，继承法，主要规定了法定继承、遗嘱继承和遗产的处理等问题，吸收了各国民法典中的特留份制度，并限制了遗嘱继承；第四编，物权法，包括所有权、限制物权、占有以及不动产登记三部分，分别对动产、不动产以及相邻关系、共有关系进行了规定；第五编为原债务法典，该编由于历史的原因单独编号，另行刊载。该编共分为5部分：第1部分总则，包括：债之发生、债之效力、债之消灭、特别的债之关系、债权转移与债务承担。第2部分各种契约关系，包括：买卖与交换、赠与、租赁、借贷、劳动契约、承揽、出版契约、委任、无因管理、行纪、运送契约、经理人与其他代办商、指示、寄托契约、保证、赌博与打赌、终身定期金契约、合伙。第3部分公司与合作社，包括：无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、有限责任公司、合作社。第4部分商业登记、商号与商业账簿，包括：商业登记、商号与商业账簿。第5部分有价证券，包括：记名证券、无记名证券、汇票、支票、其他指示证券、债券。除前五编的规定外，还有不列入序列的《终编：适用规定和施行规定》，共计61条。

从上述编制可知瑞士民法典在体系和体例上具有以下特点：

（1）开民商合一立法模式之先河。《瑞士民法典》制定之初曾有民商分立与民商合一两种主张，最后考虑到其法律传统和早已通过的瑞士债务法典已经涵盖了商法的内容，将其归为民法典的第5编，遂成民商合一之势，并对后世各国民商立法产生重大的影响，成为各国民商立法的范式、模本。《瑞士民法典》第5编《债务法》的第3部分至第5部

分属于法、德商法典的范畴。瑞士还另有独立的破产法。这样瑞士便成为世界上第一个完全抛开民商分立的模式而走上另一条道路——民商合一，从而构建了一条有别于法、德的崭新的民法体系。从此，在世界范围内出现了民商分立和民商合一两种民法模式（体系），以后的荷兰等国在制定新的法律时，不再在民法典之外另订商法典。

（2）把“人法”和“亲属法”、“继承法”置于“物权法”和“债务法”之前。这里沿用了《法国民法典》的体系模式，但是，从法典的整体结构看，又较之《法国民法典》的结构体系要简洁、增强了逻辑性。这一点似乎又吸收了《德国民法典》的长处。从法典的体系上看，与《法国民法典》相比较，《瑞士民法典》的体系安排更简洁、科学，前三编以“人法”为核心，集中规定了自然人、法人的基本民法制度以及亲属法、继承法等属于“人法”范畴的民法制度体系，而在后两编中则集中规定了物权法、债务法等有关“物法”的内容。所以，其体系结构较之《法国民法典》来的更为清晰、明确，更加符合科学的民法体系的要求，也为今后各国的民法的编纂立下了榜样。而同时又有别于《德国民法典》将“物法”置于“人法”之前的模式。

（3）没有设总则编。这一不同与《德国民法典》的体例设计不是偶然的，而是出于立法者的精心安排。因为《瑞士民法典》第4条规定：“债务法中关于契约的成立、履行与解除的一般规定，对其他民事法律关系也同样适用。”这种规定方式与《德国民法典》的规定方式不同。《德国民法典》把关于法律行为的规定先放在总则立，而后在亲属编和继承编立规定一些例外的和不适用的情况。这种办法是把契约法中的规定推广适用到“其他民事法律关系”中去。而这种推广适用也只限于“成立”、“履行”、“解除”三种情况，“撤销”就不在其内。欲将契约的撤销的规定适用于其他情形，就需要专门的规定。因而，在这种体例下，也就没有必要制定专门的总则编了。[注]

（4）编纂体例不统一。瑞士民法典的法典序号不统一，瑞士民法典的第1编至第2编为统一序号，而第5编则单独排列。

总之，产生于20世纪初期的《瑞士民法典》乃世界民法史上一部独具特色的民法典，其独树一帜的编纂体例和所体现出来的民商合一的民法体系，成为世界民商事立法的崭新的模式。

在曾以“海上马车夫”著称的荷兰共和国的历史上共生效过四部民法典，其中三部是自己制定的。第一部民法典颁布于1809年，与1804年的法国民法典的大部分内容相同，属于自己制定的民法典。第二部生效的民法典是1811年至1813年荷兰被并入法国期间施行的法国民法典，属于外来品。第三部民法典即1838年完成的1838年民法典，此乃荷兰人自己的作品，该部法典与《法学阶梯》的体系相似，除了人法和家庭法、继承法、财产法中的一些重要内容外，主要还是根据法国民法典的内容，有的部分就是原文照搬。但是在体系上对财产法和债法做了明确区分，将它们分开规定在第2编和第3编中；同时，还有一个包含证据法和时效法的第4编。与此同时，荷兰还制定有商法典，它的前身是法国商法典。可是，从历史上看，在法国大革命以前，荷兰没有民商分立的历史传统。荷兰著名法学家雨果·格老秀斯（Hugo Grotius）在他的《荷兰法律导论》中对法律部门的划分主张民商合一，其他荷兰学者基本上也持此观点。因而，荷兰在其法律思想发展史上民商合一始终是其基本的原则。因此，才会出现虽然在法国法的影响下于1838年颁布了《荷兰商法典》，但其第1条却规定，除有明文规定外，民法典适用于商法典调整的所有事项。同年还取消了于拿破仑时代引入荷兰的商事特别法庭。可见，早在制定商法典的同时，民商合一的立法指导思想仍然没有退出荷兰立法者和法学者的脑海，他们似乎始终试图在寻找一个能够承继他们民商合一法律体系思想的契合点与时机。于是，在民法典和商法典颁布了55年后的1893年，他们把破产法从商法典中独立了出来成为一部特别法。因为，他们站在传统的把商主体作为商法的核心的角度，仍然认为商法乃商人法，而在近现代社会里商人与非商人的差别已经基本消除，因此没有必要专门为商人立法了，商法应当成为对全社会普遍适用的法律，民法与商法已无必要分别制定法典。于是，从进入20世纪以来，他们一直在思考如何把民法典和商法典中他们认为过时的内容和体系加以

重新调整，从而使得新的立法更能够适合民商合一模式的要求。于是从二战结束以来，荷兰就开始了新民法典的制定工作。特别是二战后社会上出现的一些新的问题逐渐纳入了立法者和学者的视野，如青少年问题、消费者与制造者的关系、雇佣、农业、劳动合同、知识产权、公司制度的演化、电子商务，以及侵权行为法等等，这些内容的被关注，直接影响了荷兰新民法典的制定。

1947年荷兰正式开始启动民法典的修订工作，经过法学者们的不懈努力，从1959年到2003年已经先后颁布实施了民法典前6编和第8编的一部分。

按照20世纪四五十年代的设计，新民法典包括九编：第1编人法和家庭法；第2编法人；第3编财产法总则；第4编继承法；第5编物权法；第6编债法总则；第7编有名合同；第8编运输法；第9编智力成果法。后来，随着社会积极发展的需要，又增加了第10编国际私法。但是，由于欧盟不断出台新的有关合同和知识产权的指令以维护欧盟自己的知识产权权益，使得荷兰无法跟上欧盟立法的步伐，因而第7编有名合同和第的条款还没有完成，第9编的命运尚难以料定。至于第10编由于已有单行法的存在，制定工作就顺利得多。

在整部荷兰民法典中，最具现代特色的是财产法部分，即第3至第8编，而其中的第3、5、6、7编的时代特色则更为突出，这4编几乎囊括了现代财产关系中的所有内容。例如，第3编财产法总则包括：一般规定、法律行为、代理、财产的取得和丧失、占有和持有、对他人财产的管理、共同体、用益权、质押权和抵押权、财产上的追索权和诉讼权利。第6编债法总则包括：债的一般规定；债权和债务的转移和债权的放弃；侵权行为；侵权行为和合同以外的债；合同总则。[注]

作为民商合一立法模式典范之一的荷兰民法典将公司、基金会、合作社等属于原来规定在商法中的内容纳入到民法典第2编法人中了。该编中的主要部分是关于股份有限公司和有限责任公司的规则，其中许多规则都受到欧盟指令的影响。

从体系上看，荷兰民法典与瑞士民法典相比在体系上至少在以下几个方面存在着不同：

（1）荷兰民法典的规模要大于瑞士民法典。

瑞士民法典由《导编》和五编构成，荷兰新民法典包括了九编，而且第10编正在编纂中。荷兰民法典把瑞士民法典中分别属于第1编和第5编的有关法人、财产法总则、债法总则、合同、运输等内容独立出来，并将它们分别成编，同时，把瑞士民法典集中于债务法一编中的内容分解为四编，分别规定，这种平均分配的方法开辟了一个新的模式。把智力成果和国际私法编入民法典中，也可以体现荷兰民法典在体系上所独具的特色。

（2）荷兰民法典在体系结构上比瑞士民法典更为完备、划一。

由于荷兰民法典在规模上要远大于瑞士民法典，因而，它的体系结构也较之瑞士民法典显得更为完备、划一，它几乎囊括了民商事法律的所有规范，充分展示了其民商合一的鲜明特色，堪称民商合一立法模式的当代典范。所以，在民法典之外基本不需要再以单行法的形式另立其他民事法律，这种“毕其功于一役”的模式，其所具备的整齐、划一、完整、集中的优势是显而易见的，也是许多国家立法的楷模。但是，其劣势与不足也是很明显的，那就是由于篇幅和内容的庞杂，使得立法的难度明显增强。这既要求立法技术的成熟，更要求民法理论研究水平的先进与发达。这也就是荷兰民法典的第9编与第10编至今尚未出台的原因之一。笔者认为，对于发展中国家如果盲目模仿荷兰民法典的模式是不妥的，因为，这需要有较高的理论研究水平和较为成熟的立法技术的支撑，否则，就很容易出现一味盲目模仿或者落入消化不良的境地。

（3）编纂体例比瑞士民法典更不统一。

瑞士民法典的第1编至第2编为统一序号，而第5编则单独排列。但是，荷兰民法典基本上是每一编都重新排序号，如第3编财产法总则共列有326条，而第5编物权则从第1条排到第147条，第6编债法总则排为

279条。可见其编纂体例也有其独到的地方。

2.意大利与俄罗斯民法之比较

意大利与俄罗斯一样都属于奉行民商合一的国家。在意大利的历史上，共实施过两部统一的民法典，注一部是1865年民法典，另一部即现行的1942年民法典。我们现在看到的是1942年民法典。1942年民法典的起草时间要上溯到20世纪初，最初起草新民法典的动因是为了以统一的法律制度促进意大利与法国间的贸易往来，于是，意大利法学家维多里奥·夏洛亚于1916年提出了统一意大利和法国债法的建议，并且于1928年颁布了债法典，但并未实际生效。1924年开始全面修订1865年民法典，1936年起草出了包括人法与家庭法、继承法、物法和债编四编的民法典草案，1939年又对1936年草案的债编进行修订，增加了诸如旅客运送、行纪、货物承运、保险和银行信贷契约等新内容。还增加了第五编和第六编，涉及劳动、公司、知识产权、竞争、证据、抵押、质权、执行、消灭时效等内容。共计1969条，于1942年4月21日生效。注

民法典颁布后，为了适应社会的发展，意大利民法典又经历了数次修改，最近的一次，也是最为巨大的一次修订，是2004年1月1日生效的《公司法》的修改。这次修改克服了1942年民法典残留的管制经济的痕迹，确立了以市场为主的立法基本指导思想，例如，确认了一人有限股份责任公司，排除了阻却一人公司的障碍。并且以全权管理责任方式强化了管理权，确认了公司管理模式的多样性，明确了集团管理模式。经过修改，意大利民法典已经成为一部体现民商合一理念、散发着现代气息的新民法典。其体系结构也反映了当代社会的发展需要。

现行的意大利民法典由序编加六编组成，共2969条。序编一般原则共两章16条，其性质不是民法总则，而是涉及国家所有法律的法源和一般法律的适用问题。第一编人与家庭，包括：自然人，法人，住所与居所，失踪和宣告推定死亡，血亲与姻亲，婚姻，亲子关系，成年人收

养，亲权，针对家庭暴力的保护命令，监护与解除监护权，领养与安置，精神病、禁治产和准禁治产，抚养费、扶养费、赡养费，身份证明。第二编继承，包括：继承的一般原则，法定继承，遗嘱继承，遗嘱继承，遗产分割，赠与。第三编所有权，包括：物，所有权，地上权，永佃权，用益权、使用权和居住权，地役权，共有，占有，新施工警告和惧怕损害之诉。第四编债，包括：债的总论，契约总论，各类契约，单方允诺，有价证券，无因管理，非债给付，不当得利，不法行为。第五编劳动，包括：职业活动规则，企业劳动，自由职业，公司，合作社和相互保险社，参股，企业，智力作品权和工业发明权，竞争规则和联合体，对公司与联合体的处罚。第六编权利的保护，包括：登记，证据，财产的保护方法，权利的司法救济，消灭时效和失权。

意大利民事立法采取的是民法典与单行法并存的方式。民法典的修改是借助于单行法进行的，即被修改的立法通过单独的立法令公布，其修改内容一经公布，也就随即替代了民法典中的相应条款。[注]

意大利民法典是典型的民商合一模式，从体系上说，其至少具备以下几个明显的特征：

（1）其体例基本上是依据法国民法典和优士丁尼的《法学阶梯》。

《法学阶梯》体系由人、物、诉讼三部分构成。但是意大利民法典与《法学阶梯》又有所不同，它把家庭法放在突出的位置，把它与人法一起放在第一编中，并且把继承移到第二编，因为继承从根本上取决于家庭关系。它随后把债法分为两编，并且将权利保护作为一编独立出现。这样的体系在其之前是没有的，它没有把继承看成纯财产法的范畴。这一点值得我们借鉴。

（2）将民法和商法统一起来，并且努力处理企业和集体契约问题。

第四编与第五编调整的是债和劳动，债编中主要调整契约关系，而

劳动编中则把公司、合作社、知识产权、竞争等统一规定在一起，充分地体现了商法的性质，这种典型的民商合一的体系，反映了意大利对于劳动的性质与价值的独到见解。因为，无论是公司的运作还是合作社、竞争等行为都是劳动的结果，没有劳动，就没有公司的创立和营利，也就不可能创造出对社会发展有价值的智力成果。因而，将上述这些内容纳入劳动编中也是理所应当的。

（3）把权利保护机制加以统一。

第六编把某些在实践中广泛适用的权利保护制度加以统一规定，这些制度虽然相互各异，但都有着保护其他权利的工具性的特征。这种体系反映了现代民法典更加侧重权利保护的特性。

俄罗斯与意大利民法典一样都属于民商合一体系。但是其体系与意大利相比又有着很大的差异。

俄罗斯新民法典的制定是在吸收了1922年和1964年苏俄民法典的经验和教训的基础上，结合当时的政治经济状况，为了适应俄罗斯经济体制改革的成果和体现市场经济发展的需要而制定出来的。特别是吸收和发展了1990年《苏联财产所有权法》和《俄罗斯财产所有权法》，以及1991年《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》的规定，并结合了改革中的实践经验。

俄罗斯民法典共分为四个部分，共1551条。第一部分包括三编，公布于1994年10月，实施于1995年1月1日。其包含：第一编总则；第二编所有权和其他物权；第三编债法总则。第二部分包括一编，即第四编债的种类，公布于1995年12月，实施于1996年3月1日。其包含：买卖；互易；赠与；年金和终身赡养；租赁；住房租赁；无偿使用；承揽；完成科学研究工作、实验设计和工艺工作；有偿服务；运送；运输代办；借贷和信贷；财物代理；银行存款；银行账户；结算；保管；保险；委托；未受委托为他人利益的行为；行纪；代办；财产的委托管理；商业特许；普通合伙；悬赏；公开竞赛；进行赌博和打赌；因损害而发生的债；因不当得利而发生的债。第三部分包括两编，公布于2001年11月，

实施于2002年3月1日。其包含：第五编继承法；第六编国际私法。第四部分包括一编，公布于2006年12月，施行于2008年1月1日。其包含：第七编智力活动成果及其权利。

俄罗斯与意大利民法典在体系结构上存在以下几点不同：

（1）俄罗斯民法典有总则部分，该部分实际上是吸收了德国民法典的体例，在总则部分就民事立法的基本原则、民法所调整的对象、民法的时间效力、民事权利和民事义务、自然人与法人、民事权利的客体、法律行为与代理、期限诉讼时效等问题予以规定；意大利民法典没有总则部分，也没有诸如民事立法的基本原则、民法所调整的对象、民法的时间效力、民事权利和民事义务的统一性规定，而把时效等规定在第六编权利保护编内。

（2）意大利民法典有一个涉及国家所有法律的法源和一般法律的适用问题的序编；俄罗斯民法典没有这样一个序编。

（3）俄罗斯民法典由7编构成；意大利民法典由6编构成。

（4）俄罗斯民法典每一编下又分有分编；意大利民法典每一编下仅有章节。

（5）意大利民法典把继承编放在人与家庭编之后，作为民法典中重要的一部分；俄罗斯民法典中则没有有关婚姻家庭的规定，而是专门颁布有家庭法典，继承了苏联时期将婚姻家庭法作为独立的法律部门的传统。

（6）俄罗斯民法典把公司等商业机构和非商业机构规定在总则中的第二分编法人之中；意大利民法典把公司、合作社等商业机构作为劳动成果的一部分规定在劳动编中。

（7）意大利民法典把劳动法的内容作为民法典的一部分集中规定在第5编中；俄罗斯民法典则将劳动关系作为一个独立的法律部门由专门的劳动法典调整。

（8）意大利民法典把债集中规定于第四编中；俄罗斯民法典把债法总则和债的总类分编规定在第三和第四编中。

（9）俄罗斯民法典把担保制度规定在债法总则编中，作为债务履行的担保的内容加以规定；意大利民法典把该部分作为财产责任的保护方法之一规定在第六编权利保护编中。

（10）意大利民法典没有国际私法的内容；俄罗斯民法典设有专编规定国际私法。

（11）俄罗斯民法典把智力成果权作为单独一编加以规定；意大利民法典将其劳动成果的一部分规定在劳动编中。

总之，意大利民法典与俄罗斯民法典虽然同属民商合一体系，但是，在体系上仍然存在着较大的差异。笔者认为，从体系上看，意大利民法典更多地吸收了法国民法典的立法体系，而俄罗斯民法典吸收了德国民法典的一些特色（制定总则编），同时也吸收了荷兰民法典的立法经验（把智力成果和国际私法纳入民法典体系）。在继承本土法律传统方面，坚持将婚姻家庭法和劳动法单独立法，并将其划分到民法的体系之内。俄罗斯民法体系实际上是由民法典和婚姻家庭法典、劳动法典等构成的一个完整的法律体系，反映了俄罗斯既重视自己历史传统的继承，又善于吸收当代先进立法经验的良好品质，值得我们认真地借鉴与学习。

（三）其他国家的民法体系结构

1.加拿大魁北克民法典之体系结构

1994年的加拿大《魁北克民法典》是对1866年《下加拿大民法典》的重订与发展。它是一个混合体，它反映的是一个混合的世界。[注]它既受到法国法的影响，但更多地还是吸纳了当代各国和加拿大其他省以及

国际统一的立法的先进成果。

《魁北克民法典》由十编构成，共3168条，可能是当今世界上篇幅最大的民法典，分为人；家庭；继承；财产；债；优先权和抵押权；证据；时效；权利公示和国际私法十部分。

它在体系结构上比较明显地具有以下几个特点：

（1）把民事证据作为独立的一编纳入到民法典之中，特别对书证的形式、效力等予以了明确的规定。

（2）将人格权作为单独的内容列入人编，规定了人身完整权、子女权利的尊重、名誉及私生活权、尸体的处置权等内容。

（3）将人、家庭和继承分别规定在不同的三编中，充分反映了其人文主义色彩。

（4）将大陆法系中物权内容纳入财产法范畴，扩大了传统对于物权的认识。

（5）把优先权和抵押权作为单独的一编，否认了抵押权属于物权的概念，而纳入了债权的范畴。

（6）把不动产登记等属于权利公示范畴的内容独辟编章，反映了立法者对于公示行为独立性的认识。

（7）把国际司法内容独立成编，反映了当代民法典发展的趋势。

（8）没有把知识产权纳入民法典中，反映了立法者独特的思考，以及对知识产权的独立性的认识。

（9）在债编中纳入了有关合同纠纷的和解和仲裁协议的内容。

2.墨西哥民法之体系结构

墨西哥的《联邦特区民法典》是墨西哥各州民法的基本法典，尽管

各州都有自己的民法典，但是其内容与《联邦特区民法典》无根本的差别。[注]其由序编和人；财产；继承和债四编构成。序编中规定了一些基本原则，如男女平等原则、法不溯及既往原则、法律至上原则等等，其不是总则，而是与法国、意大利等国的民法典一样属于序编的性质。可见，其体系基本应属于主张民商分立的德国民法体系，其间没有有关公司和商法的规范，因为，墨西哥有一部统一的商法典，只有在商法典或其他商事特别法对有关问题无规定的情况下，才适用《联邦特区民法典》的规定；[注]但从其内部体系看，又有法国民法典的特点，如将人法放在第一编，没有总则编等。因而，可以认为，墨西哥民法典也是一部带有混合型性质的民事立法。

3.阿根廷民法之体系结构

阿根廷现行民法典是一部民商合一型的法典。其完成于1998年。其体系结构为7编2532条：第一编法（适用于法律的各部门，包括法律的强制性、过渡性的法、法的适用、法律中的期间的计算方式等一般问题，不属于民法总则编的内容）；第二编总则（自然人、法人、财产、法律行为、意思和法律行为的缺陷、法律法律效力的限制、代理、法律行为的无效、权利之转移等）；第三编家庭关系；第四编债法；第五编物权法；第六编继承法；第七编对人及物权的共同规定（时效、除斥期间、优先权、留置权等）。

可见，阿根廷民法典既有法国民法典的影子（第一编法，家庭关系放在财产法之前），又有德国民法典的影响（总则编的设立，以及债法、物权法的独立成编等），同时属于民商合一立法体系，因为，它将原来的商法典与民法典汇集到一起，构成了这样一个民商合一的法典，而把原来包括在商法典中的合伙、海商、破产作为特别法，并未统一在民法典中。因此，阿根廷民法典也是一部带有混合型性质的民法典。

以上，我们对世界上比较有代表性的11个国家的民法典及其民法体

系作了一个简要的巡礼，其目的不是在于介绍各国的民事立法，而是企图从中总结出一些带有规律性或者启发性的东西，以求能够对我们的立法有所裨益。这个规律可以用一句话概括：“在当今之世界，已难以找到单纯属于哪一法系的法域，由于各民族经济、文化、政治等的广泛交流，任何一个法域都在不同程度上变成了‘混合法系’”。注综观当今世界各国之民法体系，也难以简单地把哪一国的民法体系单纯地划分为只属于哪一法系，它们大多都在不同程度上变成了“混合体”。

（三）民法体系结构组成

以调整平等民事主体之间的财产所有关系、财产流转关系和人身关系为目的的民法，其内在的体系结构可以包括：民事主体制度、民事客体制度、民事法律行为制度、物权制度、债权制度、人格权制度、侵权责任制度、亲属制度、财产继承制度、知识产权制度、国际私法制度和民事诉讼制度等基本民事制度。

三、中国现有民法体系

中国现有的民事法律，从法律位阶上看，可以分为三个层次，第一个层次即由全国人大及其常委会通过的法律，包括：民法通则（1986年4月12日通过，1987年1月1日起施行）、物权法（2007年3月16日通过，2007年10月1日施行）、担保法（1995年6月30日通过，1995年10月1日起施行）、著作权法（1990年9月7日通过，1991年6月1日起施行，2001年10月27日修正）、商标法（1982年8月23日通过，1983年3月1日起施行，1993年2月22日和2001年10月27日修正）、专利法（1984年3月12日通过，1985年4月1日起施行，1992年9月4日和2000年8月25日修正）、

合同法（1999年3月15日通过，1999年10月1日起施行）、招标投标法（1999年8月30日通过，2000年1月1日起施行）、婚姻法（1980年9月10日通过，1981年1月1日起施行，2001年4月28日修正）、继承法（1985年4月10日通过，1985年10月1日起施行）、收养法（1991年12月29日通过，1992年4月1日施行，1998年11月4日修正）。

第二个层次由国务院及其各部门通过的行政法规及规章。

除了上述的两个主要层次外，第三个层次即由最高人民法院颁布的司法解释。

总之，中国现有的民事法律，从法规范的内容角度来看，已经包括：起着民法总则作用的《民法通则》及其相关的司法解释；物权制度的基本法《物权法》及其相关的行政法规和司法解释；债权制度的基本法律《合同法》及其相关的司法解释；民事担保制度的基本法律《担保法》及其司法解释；婚姻家庭制度的基本法律《婚姻法》及其相关的行政法规和司法解释；家庭继承制度的基本法律《继承法》及其相关的司法解释；家庭收养制度的基本法律《收养法》及其相关的行政规章和司法解释；知识产权制度的基本法律《著作权法》、《商标法》、《专利法》及其相关的行政法规和司法解释；等等。

由上可见，无论从法律位阶还是内容上看，中国民事法律体系已经初步建立起来。但是，若从严格的大陆法系的民法体系的逻辑结构上看，中国现有的这些民事法律规范，还不足以构成科学的、体系完整的、足以与世界各国比肩的民法体系，其不仅缺乏一个真正意义上的民法总则，而且，尚缺乏诸如人格权法、侵权责任法、国际私法等民事基本法，此外，一些已经颁行的单行法律，诸如《婚姻法》、《继承法》、《合同法》、《担保法》等，还需要进一步地修订及完善，因此，尽快构建一个能够真实反映和适应中国改革开放30年来民事行为和民事裁判发展的需要，并且与世界同步，以民法典为核心的、完备的、具有中国特色的民法体系，乃中国民法学界、立法界和法律实务界刻不容缓的任务。

五、中国未来民法体系的结构

（一）民事主体制度

民事主体，也叫民事法律关系主体，是指参加民事法律关系，享有民事权利并承担民事义务的人。民事主体包括自然人、法人、其他组织和国家等。任何人和组织要成为民事主体，必须由法律赋予其主体资格。自然人的民事主体资格是指法律赋予自然人得享有民事权利、承担民事义务的资格，即民事权利能力。法人的民事权利须依法受法律的限制，法人必须符合法定的条件方能成为民事主体，如公司需要注册或者登记后方可成为民事主体，否则，其不具备民事主体资格。因而，各国民法首先确立的就是民事主体制度，否则，其民法体系的确立就缺乏存在的基础和基本的载体，所有的民事法律制度也就没有存在的必要了。

（二）民事客体制度

民事客体，也叫民事法律关系的客体，是指民事权利和民事义务所指向的对象，其包括物、行为、智力成果、人身利益和权利。注其中，物是所有权、用益物权法律关系的客体，一般仅限于物，担保物权法律关系的客体一般也是物，但还包括权利，债权法律关系的客体是行为，人身权法律关系的客体是人身利益，知识产权法律关系的客体是智力成果。

（三）民事法律行为制度

民事法律行为制度是规范民事主体旨在设立、变更、终止民事权利

义务关系，以意思表示为要素的行为的制度。其主要包括意思表示、法律行为的概念；法律行为的成立；法律行为的效力；附条件的法律行为；附期限的法律行为；等内容。其与民事主体制度和民事客体制度一样，是构成民法总则的主要内容之一。

（四）物权制度

作为财产法主要组成部分的物权制度，以规范人对物的支配为内容，[注]主要包括所有权和其他物权制度，所有权是商品生产和交换的前提，也是商品生产和交换的结果。其他物权包括用益物权等，也是市场经济赖以形成的重要基础和前提条件。[注]

（五）债权制度

债权制度是直接规范交易行为和过程，维护交易秩序的基本规则。其包括合同（契约）、侵权行为、无因管理和不当得利四项基本制度。[注]但是，在现代民法体系中，侵权行为一般已经不列入债权的范畴，而独立出来，形成独立的侵权责任制度，并且把侵权责任制度看作是保障民事权利的法律。[注]此外，担保制度也应属于债权制度的内容之一，而不应属于物权制度的范畴。

（六）人格权制度

对于人格权是否有必要作为独立的一项民事法律制度，是存在争议的。从现代民法体系来说，这是一种新型的民事法律制度，是民法对人身权保护的一个基本制度。它包括一般人格权制度和具体人格权制度。前者是指民法典没有列举的、但是依据宪法应该保护的人权。[注]因此，

笔者认为，民法体系中所讲的人格权制度，不应包含一般人格权，而主要应当以具体人格权为主，其包括生命健康权、姓名权和名称权、肖像权、名誉权等基本人格权，民法体系中的人格权制度，也应当只包括生命健康权、姓名权和名称权、肖像权、名誉权等制度。

（七）侵权责任制度

侵权责任制度是保障民事权利的法律。其包括一般规则、一般侵权行为制度、特殊侵权行为制度、损害赔偿制度。它是独立于债权制度和人格权制度的独立的民事法律制度之一。

（八）亲属制度

亲属制度乃民法体系中固有制度，其以一定的范围的亲属关系为调整对象，既包括婚姻家庭关系，也包括其他近亲属关系。其一般包括结婚、夫妻关系、离婚、父母子女、收养、扶养、监护等具体制度。

（九）财产继承制度

财产继承制度是有关自然人死亡后将其遗留的财产转移给生者的法律制度。其包括法定继承、遗嘱处分、遗赠扶养协议、遗产的处理等具体制度。

（十）知识产权制度

知识产权是一种民事权利，其本质属性是财产权利和人身权利的结

合，应当属于民法体系中一个特殊的组成部分。其包括商标权制度、专利权制度、著作权制度等保护和规范人类智力成果的各项法律制度。

（十一）国际私法制度

国际私法制度所调整的对象是在主体、客体和法律事实方面含有一个或一个以上的涉外因素的民事法律关系。其主要包括国际民事行为能力的法律适用、不动产所有权的法律适用、国际合同的法律适用、国际侵权行为的法律适用、国际婚姻关系的法律适用、国际继承关系的法律适用、国际扶养关系的法律适用等具体制度。

（十二）民事诉讼制度

从现代各国对于民法体系的理解看，对于民法体系的范畴是存在不同看法的。作为保障民法被正确运用、保护民事主体合法权益的民事程序制度的核心——民事诉讼制度，理应属于一个国家民法体系的范畴之内。如果没有民事诉讼制度作保障，民事实体法就会成为软法，甚至形同虚设，因此，从系统论的角度，一国的民法体系中应当包含民事诉讼制度。该制度主要包括：审判组织、诉讼管辖、诉讼参加人、审判程序等基本的民事诉讼制度，它同时也是国家诉讼制度的组成部分之一，可以单独立法。

以上所列的十二项制度，应当是现代民法体系的基本组成结构，也是在总结世界各国民事立法的基础上得出来的基本结论。其中前3项制度一般属于民法总则中的内容，后9项制度则是分别相对独立的民事法律制度。这些制度有的可以直接列入民法典，有的则可以以单行法或者相对独立的立法形式出现（如知识产权制度、国际私法制度、民事诉讼制度）。但是，无论采取怎样的立法模式，这些制度都是一国民法体系

中不可缺少的内容，也是我们研究一国民法体系的总纲目和基本内容。

（原载于《河南省政法管理干部学院学报2009年第1期》

---

1. 参见李步云：《法理学》，经济科学出版社2000年12月第1版，第267页。123
2. 参见李步云：《法理学》，经济科学出版社2000年12月第1版，第277页。124
3. 关于法国民法典体系之内容参见：罗结珍译：《法国民法典》，法律出版社2005年3月第1版。
4. 关于德国民法典体系之内容参见：陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社2006年2月第2版。
5. 参见陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社2006年2月第2版，第2页和第3页。
6. 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第13页。
7. 法国民法典前面有一个部分，标题为《前编·法律的公布、生效以及一般适用》，有6条规定。这6条规定笔者认为不属于民法总则的范畴，因为这6条规定不只是民法的问题，而是一切“法律”的几个基本原则。而且这个《前编》没有与以下各编统一编号。据说，这6条当时制定时不只是作为民法的前6条，而是作为当时计划中的不可几个法典（民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典）的一个总法典的《前编》的。（参见【日】谷口和平（译注）：《现代外国法典丛书（14）·佛兰西民法（1）人事法》，有斐阁昭和三十一年版，第27页。转引自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第5~6页。）由于它只列于民法典之首，所以使人误以为这只是民法典的前编了。
8. 参见何勤华主编：《法国法律发达史》，法律出版社2001年5月第一版，第16~17页。
9. 王泽鉴：《民法总论》，中国政法大学出版社2001年版，第24~25页。
10. 蓝瀛芳：“民法各种之债的特征及其探讨”，载《辅仁法学》第9期。
11. 参见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第36页。
12. 《汉书·地理志下》，王先谦：《汉书补注》，中华书局1983年版，第850页。
13. 延正悦：《韩国法典史》，汉城：学文社1997年版，第46—47页。
14. 杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》，商务印书馆1937年2月版，第86页。
15. 以上有关韩国民法典的内容可参见苏亦工：《韩国民法典的修正及其背景》及金玉珍译：《韩国民法典》，载易继明主编：《私法》，北京大学出版社2004年版。

16. 参见【日】谷口和平（译注）：《现代外国法典丛书（14）·佛兰西民法（1）人事法》，有斐阁昭和三十一年版，第27页。转引自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第5~6页。

17. 参见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第47页。

18. 荷兰民法典的主要内容参见王卫国主译：《荷兰民法典》，中国政法大学出版社2006年12月版。

19. 1814年以前意大利实施的是《法国民法典》，1814年拿破仑倒台后，意大利各王国先后制定了各自的民法典，如1819年那不勒斯和西西里王国、1820年皮亚琴察公国、1837年撒丁王国、1852年雷乔·艾米利亚公国都颁布过自己的民法典。但是，这些民法典都是在意大利分裂时由各王国自己制定的，并不能代表全意大利的意志，因而，一般讲意大利民法典都是从意大利统一后的1865年民法典讲起。

20. 参见何勤华、李秀清主编：《意大利法律发达史》，法律出版社2006年6月版，第160~161页。

21. 参见费安玲等译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社2004年11月版，第2页。

22. 徐国栋：《魁北克民法典的世界》，载徐国栋著译：《比较法视野中的民法典编纂》，北京大学出版社2007年8月版，第203页。

23. 参见《墨西哥私法的法典编纂》，载徐国栋著译：《比较法视野中的民法典编纂》，北京大学出版社2007年8月版，第273页。

24. 参见《墨西哥私法之一体化与统一的诸方面》，载徐国栋著译：《比较法视野中的民法典编纂》，北京大学出版社2007年8月版，第289页。

25. 徐国栋：《魁北克民法典的世界》，载徐国栋著译：《比较法视野中的民法典编纂》，北京大学出版社2007年8月版，第203页。

26. 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年6月版，第43页。

27. 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社1997年9月第1版，第1页。

28. 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年6月版，第18页。

29. 张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年7月第1版，第17页。

30. 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年6月版，第19页。

31. 王利明主编：《民法典·人格权法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2007年1月第1版，第6页。

中国民法总则编制定中的基本问题

民法总则是统领民法并且是适用于民法各个部分的基本规则。民法总则一般置于民法分则之前，它规定的是各种民事权利关系的通则。民法总则是民法学长期发展的产物。但是，究竟如何构建中国民法的体系，在中国民法学界始终存在着广泛而热烈的讨论。本文拟就中国民法总则立法中的几个关键性问题谈一些自己不成熟的看法。

一、设立民法总则编的必要性

（一）从各国民法典的立法例看设立民法总则编的必要性

纵观大陆法系各国民法典编纂体系，具有代表性的主要是法国式与德国式两种。

1、法国式。该体系又可称为罗马式，该体系最初是由《法学阶梯》创设的，分为“人法、物法、诉讼法”三编。这种三编的编纂体例基本被法国民法典所接受，法国民法典只是删除了其中的诉讼法内容，把物法分为财产及对所有权的各种限制和取得财产的各种方法。[注]由于采纳了此种体系，法国民法典没有总则，[注]缺少有关民事活动的一般原则的规定，而将这些一般规则和原则体现在学者的论述和学理中。瑞士、意大利等欧洲国家的民法，以及受法国法影响的一些国家的民法典中也

没有总则的内容。造成这种情况的原因分析起来主要是受到罗马法特别是《法学阶梯》的深刻影响。

罗马法特别是《法学阶梯》是法国民法典重要的材料来源之一，其结构、内容、形式等多为法国民法典所仿效。产生这种情况的主要原因是与法国法制发展的历史进程密切相关的。早在远古时代，法国土地上就已经有人居住，其最早出现的居民是腓尼基人（Phoenicia），但后来他们于公元前1000年左右移民到了今天的摩纳哥和温德勒斯港。到公元前600年左右，凯尔特人（Celtes）的中欧地区操印欧语的部落进入了法国，这就是法国人的祖先，他们被罗马人称为“高卢人”（Gaulois），他们生活的地区也被罗马人称为“高卢地区”。公元前2世纪末，罗马开始入侵高卢。至公元前56年底，高卢地区为罗马的凯撒所征服，沦为罗马的行省，其政治、经济、法律开始逐步罗马化。特别是伴随着天主教会获得了法律上的特权，罗马帝国皇帝卡拉卡拉（211~217年在位）颁布敕令，承认罗马境内一切自由民都具有罗马公民的资格，罗马法律也就自然而然地在高卢地区获得适用。在从此以后的一千多年间，无论是在法兰克王国时期还是在法兰西王国时期，罗马法对法国法的影响一直很大。西罗马帝国灭亡以后，在法国南部罗马人居住区内适用的仍然是罗马法，而且当任何领域的习惯法规则缺乏时，即可援用罗马法的原则。13世纪以后，随着《国法大全》的重新发现，罗马法的影响更为扩大，罗马法成为法国南部的基本的法律渊源，适用习惯法反而成为了一种例外。[注]例如在债权债务制度上，罗马法在调整买卖、借贷、租赁等债务关系方面，虽然其间结合了宗教的诚信原则，但是，罗马法仍然居于支配地位。由此可见，法国民法典仿效罗马法特别是《法学阶梯》的立法模式的做法，不是空穴来风，更不是随手拈来，或者显示了什么高贵、高级的特征，而是有着其深远的历史文化渊源的。

2、德国式。法典中设置总则编始于18世纪普通法对6世纪优士丁尼大帝所编纂的“学说汇编”所做的体系整理。德国民法典采纳了这一立法例，即在民法典中设置总则编作为统领全法典并且适用于民法各个部分的基本规则。民法总则的设置可以说是德国民法典的一大特色，充分体

现了德意志民族抽象、概念、体系的思考方法。[注]这种立法上的特色，有着其深刻的历史根源。18世纪末的法国立法者认为，自然法在内容上是理性的，因为它只包含一些法则，要把这些法则表达出来，用《法学阶梯》的体例制定一部以清楚明确、简练严谨的方式表达出来的法典，更具普遍实用价值，而无需设置总则部分。而19世纪末的德国立法者比较重视经过许多著名罗马法学家集体编成的法学著作，特别是19世纪由于德国民法学的勃兴，德国法学家对《学说汇纂》的研究已经取得较系统的成就，如《潘德克顿法学》教科书的问世，使德国法学家对五编制的民法体系极为熟悉，从而使《德国民法典》采用《学说汇纂》体例由可能变为现实。该体系就是潘德克顿学派在注释罗马法的基础上发展起来的，主要是在对《学说汇纂》的解释的基础上所形成的。在研究中，潘德克顿派的学者将人法与物法再加以深入分析，将其分为亲属法、继承法、债法与物法，并且将这种法则的共同点归纳而统摄出总则编。[注]该体系最早被胡果在1789年出版的《罗马法大纲》一书中采用，最后由萨维尼在其潘德克顿教材中采用。该体系把民法典分为五编：总则、物权、债权、亲属、继承。首先确定了总则，规定民法共同的制度和规则，然后区分了物权和债权，区分了财产法和身份法，把继承单列一编，从而形成了有别于法国民法典的独具特色的体系。大陆法系绝大多数国家都接受了该种立法体系，如日本、俄罗斯、葡萄牙、希腊、韩国、泰国和中国台湾地区、澳门地区等国家和地区的民法。该体系使得各项民事法律制度中具有共性的内容得以在总则中体现，这样一方面有助于把握各种民事制度的机械结合，更能体现法典的逻辑体系。

通过上述论述，笔者认为，德国民法典的“五编”结构，要比法国民法典“三编”的结构更为科学、合理。因为法国民法典是体例结构存在明显的缺陷，例如，在“取得财产的方法”下，把继承和捐赠、契约和侵权行为、婚姻财产、特殊契约、抵押和时效等罗列在一起，显得零乱无章、缺乏系统性，整部法典的逻辑结构被严重破坏。因此，中国制定民法时，应当学习德国民法典的体例设置总则部分，并充分体现其体系的严密的逻辑性。

但是，关于德国民法典的总则编的制定的必要性和科学性问题是引起过争议的。争议的焦点之一就是整个民法有没有“总则”，即从人法与物法两部分中能否抽象出共同的规则来。在潘德克顿学派看来，回答是肯定的。他们认为，在人法和物法两部分里，确实存在着共同的问题，从而应当有共同的规则。例如权利主体，权利客体，权利的发生、消灭与变更，权利的行使等，这些内容都属于民法总则的内容，而可不能把它们列入人法或者物法之中。因此，在人法和物法之上，设一个总则编，规定人的权利能力、法律行为等，是可能也是应该的。另外，它们还认为，如果民法只能划分为人法和物法，这两部分之间并没有共同之处，民法就成为这两部分的机械的合并，这样就没有理由把这两部分合称为一个民法了。只有有了总则，人法和物法两部分就成为了一个有机结合的整体，民法才是一个完整的整体了。因此，从逻辑上说，民法总则是应该有的。而德国民法典总则编的核心内容就是法律行为，它把民法里的各种行为，如合同、遗嘱、结婚等等，统统划归于“法律行为”之中，从而使得整个民法成为一体。法律行为概念的设立应该看作是整个德国民法典的一个最动人、最令人赞叹之处。(注)

对民法总则持怀疑态度者则认为：“总则”真是贯穿于民法全部的规则吗？他们认为，总则中有些规定是不能适用于民法全部的。譬如，就有关主体的规定，法人只是财产法（债编和物权编）里的主体，不能成为身份法（亲属法和继承法）里的主体，因而总则编中关于法人的规定就不是全部民法的“总”的规定。有关法律行为的规定也有不少是不能适用于身份法的。因此，要想在财产法于身份法之间建立一个所谓“共同规定”（总则）根本是做不到的。

上述争论的观点若从单个理由看，确实都有一定的道理，从客观上说，任何一个所谓“总则”都不可能穷尽所有的规则，也不可能让总则中规定的所有规则同时适用于所有的法律行为，这是不言自明的。但是，无论如何，为民法设立一个总则，在当时来说，毕竟是一个伟大的尝试。设立总则编至少在两个方面有其不可否定的意义：其一，使民法中的身份法与财产法成为一个有机的整体；其二，避免了或减少了许多重

复之处。例如关于权利能力和行为能力的规定，就避免了在各个法律行为中逐一规定的重复的做法。㊟

当然，在民法典中设立民法总则的做法，不是所有大陆法系国家都效仿的。荷兰民法典就不设民法总则，而设一编“财产法总则”。瑞士民法典也未设立总则（其《导编》的内容不属于民法总则的内容），而在第五编《债务法》中设《总则》，作为债行为的总的规则，包括债的发生、效力、消灭等规则。

可见，即使在同一法系中，各个国家的立法模式也是不尽相同的。立法者不为法国模式或德国模式所限，开辟了崭新的途径和模式，不是偶然的现象，而是与各自的国情、历史背景、法学者的思想、著作等因素密切相关的。正如法国比较法学家达维德所说的：“牵涉到的问题，真正说起来，不单是法的结构，而更多的是总则所表现出来的系统化精神与抽象的倾向”。㊟

因此，我们欲研究中国的民法总则的制定问题，还是应该从中国民法发展史中去寻找答案和给我们的启迪。

（二）从中国近代以来的民法典的立法例看设立民法总则编的必要性

1、清末制定民律草案的背景、过程和指导思想

（1）制定民律草案的历史背景

首先从制定民律的经济动因看。19世纪末20世纪初，资本主义性质的民族工商企业在中国社会经济生活中已经占有一定的比重，新式工矿企业约有1000余家。这种新产生的生产关系以及由此形成的复杂的财产关系，已经不是原有的户律、户部则例以及其他零散的民法渊源所能调整的。因而经济的发展迫切需要制定新的民法予以调整和保护。于是，

资产阶级的早期代言人——改良派的思想家们大声疾呼——制定民律以便恤商、护商，发展民族资本主义。

其次从阶级结构变化的动因看。资本主义生产关系的发展，也带动了阶级结构上的新变化。在原有的地主、农民、工商业者之外，出现了代表资本主义生产关系的资产阶级和近代无产阶级，以及作为中西经济联系纽带的买办，他们构成了当时社会主要的民事关系的主体。广大的农民、手工工人、中小商人要求进一步削弱对地主、坊主、行帮主的人身依附关系，以争取更多的民事平等权利。这些民事主体迫切要求确认和保护他们新的人身关系和财产关系的需求，是推动制定民律的社会原因。

再次从外界对中国文化、政治、经济、外交诸方面刺激的动因看。随着资产阶级民主、法治、三权分立为主要内容的西方法律文化的输入，使得中国封闭的法律文化状态逐渐被打破，传统的宗法伦理政治受到了严重冲击。在开明的官僚士大夫中经历着由传统法观念向近代法观念的转型，即由遵守成法到师夷变法；由维护三纲到批判三纲；由专制神圣到君宪共和；由以人治国到依法治国；由以刑法为主到诸法并重。1880年《拿破仑法典》的中译本出版，接着《法国律例》（包括《法国民法》）又被译出。可见，西方文化的输入也为清末修订民律提供了文化的渊源。此外，收回领事裁判权的强烈愿望也是促成清末修订民律的重要动因之一。自从道光二十三年（1843年）修订的《中英五口通商章程》写进了“领事裁判权”的规定以后，中国历届政府就开始了锲而不舍的企图收回领事裁判权的努力。正如中国学者所言：“距今60年前，我国开始改革原有的法律及司法制度，当时动机就是为的要想取消外人领事裁判权……所以当时一切变法措施，不得不尽量舍己从人，以期符合外人的希望。中国法系原为世界五大法系之一，有其固有的优点，至此遂不得不完全割爱。在那时候，因为一心一意，以收回法权为念，固有其不得已的苦衷……”[注]

综上所述，国内社会经济、政治、文化所发生的巨变，为制定《大

清民律草案》提供了客观的基础。

此外，社会上对于制定民律的呼声，也为清末制定民律制造了舆论准备。林则徐曾经请袁德辉和美国医生伯嘉翻译瑞士人华达乐所著《各国律例》中的一些段落。魏源在《海国图志》中也介绍了西方资产阶级国家的民主制度与法制。太平天国后期的的领导人洪仁玕，在它所著的《资政新篇》中，建议“因时制宜，度世行法”，认为“国家以法制为先，有法制而后有国家”[注]19世纪七八十年代，早期改良派的一些代表人物，如王韬、马建忠、薛福成、陈炽、郑观应等人就主张修订法制、制定商律。光绪二十四年（1898年）康有为在《上清帝第六书》中提出设法律局，制定民法、民律。这是中国晚清时期第一次明确提出仿照西方国家法律制定民法的主张。至宣统元年（1909年）十一月中国已经翻译成德国民法总则、奥国亲属法、瑞士民法总则、法国民法身份证书条文、法国民法失踪条文、法国民法亲属条文。[注]

从上述论述可以看到，制定民法的这些舆论是适应时代需求的，也是历史必然性的反映，也正是这些舆论促进了清政府变法修律的决心，加速了大清民律的制定进程。

（2）制定民律草案的过程

清政府真正着手并明确决定开始民律的制定工作的时间应当划定在光绪三十三年（1907年）9月间。此时庆亲王奕劻等在《奏议覆修订法律办法折》中明确提出：“拟请仿照各国办法，除刑法一门，业由现在修订法律大臣沈家本奏明，草案不日告成。应以编纂民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法诸法典及附属法为主，以三年为限，所有上列各项草案，一律告成。”[注]

为了完成三年内制定民法等法律的任务，修订法律大臣提出了诸如广购并翻译各国最新法典及参考书，派员考察各国现行法制，聘请外国法律专家随时咨询，考察中国目前情形等具体方略。[注]特别是从1908年5月开始清政府开始组织了中国近代史上著名的民事习惯调查活动，该

次调查活动的结果，使得修律者们对中国地方风俗习惯洞彻无疑。修订大臣俞廉三等特别奏明：“臣等依调查之资料，参照各国之成例，并斟酌各省报告之表册，详慎从事。”注

为了加快立法步伐，清政府邀请了日本法学者参与立法工作。《大清民律草案》总则、物权、债权三编，由日本法学家起草；亲属编和继承编由修订法律馆会同礼学馆起草。草案初稿于宣统二年（1910年）年底完成。此后经过仔细反复校阅，直至1911年8月复核上奏。前后经历了3年时间。

（3）制定民律草案的指导思想

在研究制定民律草案的指导思想问题上，有一个必须明确的问题，即为什么清末政府要选择大陆法系而不是英美法系为民法的立法模式？

的确，中国在接受西方文化时，开始受的时英美法系的影响较多，而后来却以大陆法系为取向，特别是民法典的起草更是如此。若究其缘由，笔者认为，主要有以下三方面的原因：

首先，政治方面的原因。

政治方面的原因，主要可以概括为：

其一，大陆法系国家的国家主义观念的影响。

英美法系与大陆法系的一个重要的区别是，前者的基础是极端个人主义，后者则是国家主义。英美法系过分强调私有财产权和契约自由，从而导致极端个人主义盛行。国家主义则认为：国家作为拥有绝对的对内对外权利的主体，是法律产生的唯一来源，一切法律都是国家的法，因而由国家垄断立法。以德国为例，从19世纪下半叶开始，德国制定了民法典等统一的法律的主要目的是为了维护统一后的社会制度和社会秩序，适应经济发展的需要，消除以往因政治割据所造成的法律制度的混乱现象。因此，它的立法便带有十分鲜明的国家主义色彩，即国家是立法者，立法的目的是为了国家的需要。当时的立法者认为，民法典是国

家统一的象征，法律的统一就象征着国家的统一。正是基于此思想的支配，所以，1900年的德国民法典中严重忽略了“大街上的平民百姓”，曾经遭受到社会民主主义者的激烈地抨击。因而，可以说，1900年的德国民法典带有着极其浓厚的国家主义色彩。在制定德国民法典的时期，德国的资本主义已经开始走向垄断阶段，实践中已经出现一些新的问题，实务界也开始讨论处理这些问题的办法，但是，德国民法典却对此视而不见，对这些新问题和新办法拒不接受。典型的例子就是关于铁路法中的铁路危险责任问题㊟和劳动合同问题㊟。正是由于德国民法典对于这些民生问题的漠视，致使民法典于1986年夏季在帝国国会通过时，遭到了社会民主党的反对。㊟

德国民法典在制定过程中所表现出来的国家主义观念，是近代资本主义政治、经济发展的结果。

中国古代自秦汉起便形成了专制主义中央集权国家，政府握有最高的立法权、司法权、行政权、军事权，而且随着封建社会的不断发展，得到不断地强化。在中国统治者的意识里，国永远重于家，民永远臣属于国君，国君拥有无上的权能。因而，近代中国之所以选择大陆法系为修律楷模，德国等大陆法系国家所盛行的国家主义观念与中国封建主义观念的相似性，不能不说是一个极其重要的原因。出于维护已经延续了2000年的君主专制政体的目的，晚清的修律者对于中国固有政体的触动是微乎其微的，充其量只不过是君主立宪而已。正如清政府发布的上谕中所言：修律必须“酌法准情，折衷至当”，“参考列邦之制度，体察中国之情形”，虽然“不宜墨守故常，致失通变宜民之意”，但是，“只可采彼所长，益我所短”，绝不能动摇“三纲五常”这益“数千年相传之国粹，立国之大本”。㊟

在中国千百年的封建历史中，“大一统”的国家主义观念根深蒂固，强调加强中央集权和弱化地方势力，要求皇帝垄断国家立法权，强调“法自君出”，这些思想即所谓的“立国之大本”中的核心内容。

同时，中国近代的政治经济形势与大陆法系国家也有很多相似之

处，如建立中央集权制，消除分裂，实现国家的统一，采取自上而下的改革，走资本主义道路等等，因而，大陆法系国家的由国家垄断立法权并在全国推行统一法制的民法典模式，正好与中国长期盛行的"大一统"政治传统相契合，这就是晚清政府采取大陆法系的法典编纂模式的主要的政治原因。正如郝铁川先生所总结的那样："中国与大陆法系国家的确有着许多相近或相同的文化背景，从政治上说，两者都曾有过中央集权和君主专制的历史，这是中华法系与大陆法系融合的重要原因"。注

其二，考察者对于两大法系特征的认识。

为了尽快完成修律工作，清政府于1905年派出五大臣考察各国政治法律制度，以期从中汲取对中国有益的借鉴。经过考察他们得出了以下结论：美国"纯任民权，与中国政体本属不能强同"。注英国虽然称雄于世，"惟其设官分职，颇有复杂拘执之处，自非中国政府所宜"。注唯有德国"与中国最为相似"，"其人民习俗，亦觉有勤俭质朴之风，与中国最为相近，盖其长处，在朝无妨民之政，而国体自尊，人有独立之心，而进步甚猛，是以日本维新以来，事事取资于德，行之三十载，遂致勃兴。中国近多歆羡日本之强，而不知溯始穷原，正当以德为镜"。注

由此可见，正是由于清末修律者师法德、日，进而也影响了修订民律时以大陆法系为渊源。

其次，法律文化方面的原因。

法律文化方面的原因，可以概括为：

其一，法典编纂观念的相似性。

大陆法系主张立法一元化，通过制定成文法满足社会和政府的需要。因而，法典编纂就成为大陆法系国家主要的立法模式。而编纂法典的主要目的在于推动国家的统一，以及对新社会的设计和构建。这些目的及模式与中国2000多年的法典编纂文化十分相似。中国各朝各代都以

编纂国家统一的成文法典作为开国的象征和改朝换代的标志，视之为新王朝和新统治合法化和正当化的基础。可见，二者在目的上均有借助法典编纂“正名”和“定世”的传统。

其二，司法观念的相似性。

大陆法系国家奉行国家主义，在其权力体系中，对立法权与司法权有较为明确的分工，要求立法机关独掌立法权，而司法机关掌管审判权，两者之间不得僭越，严格限制法官造法，把法官定位为一个严格执行法律的工匠，他们的作用就是按照形式逻辑的三段论的思维方式，找到适用的法律条文，把条文与事实联系起来，从法律条款与事实的结合中自动地产生解决办法。这种司法观念与中国的传统十分接近，中国2000多年来实际上也是实行着立法权与司法权的分离，皇帝行使国家的立法权，各级官吏行使司法权，官吏不得随意造法，要严格按照法条的规定审理案件，否则则视为枉法。中国古代流行的律学的注经方法与大陆法系国家的三段论的推理方法有相似之处。它是从经书（法律）原文出发，逐字逐句地解释，然后得出立法者的原意，从而以此指导司法活动。因此，近代中国从固有的注经思维方式出发，很自然地会选择大陆法系的模式。[注]

其三，审判方式的相似性。

大陆法系属于职权主义审判方式，法官在审判中居于主导地位，法官通过主动讯问当事人，查清事实，做出判决。中华法系的传统的审判方式也是一种法官居于中心地位的纠问式审判方式，与大陆法系的审判方式同属于一类。

其四，司法队伍现状的局限性。

由于英美法系以判例法为主干，司法官在学习期间便接受案例教学法，从事司法工作以后，援引案例断案是基本的审判方式。这就要求司法官具有良好的素质和经验，特别是对大量司法案例的研究和理解、适用。而中国古代虽有律学博士和明法科，但是这种教育完全是封建性

的，而且至明清时期也已呈现出衰落之势。而要在当时的历史条件下，在短期内培养出能够打破传统的教育和运作模式，运用判例法的高素质的司法官，是不可能的。因此，移植与中国传统具有很多相似之处的大陆法系便成为了可能和必然。

再次，日本等国的兴起对中国的影响。

日本与中国有着基本相同的法文化渊源，中日两国在日本明治维新之前无论在政治制度、司法体制、立法模式等方面都与中国是极其相似的，但是通过明治维新，日本走向富强，开始与西方大国平起平坐，其效仿西方，尤其是效仿德国等大陆法系国家的制度改革与技术进步方面取得的成就让中国人由衷地赞扬和钦佩。因此，效法日本成为当时的一致看法。认为“近来日本法律学分门别类，考究亦精，而民法一门，最为西人所叹服。该国系同文之邦，其法律博士，多有能读我之会典律例者，风土人情，与我相近，取之较易。”[注]修订法律馆第四次统计结果显示，当时共译出国外法典和法学著作103种，其中日本38种，约占全部译作的38%。[注]同时清政府还通过聘请日本学者参与立法活动和派遣学生留学日本的方式加强向日本的学习。当时日本的各类法律几乎全部再现于清末修律的成果当中。以致于当时有人说，中国法律馆制定的法律草案全是日本律。而当时日本民法典是以德国民法典为参照模式制定的，其基本体例和主要内容均来自于德国民法典。中国民法典的制定也是“近采日本，远采德国”，因而，可以认为，中国通过学习日本的法律制度沟通了中国传统法典编纂模式与大陆法系法典编纂模式的联系，将中国的法典编纂引向现代化。

从上述内容我们可以得出一个结论，即：在中国近代的立法活动中，中国选择大陆法系的立法模式不是偶然的，而是有着其深厚的政治、历史和文化渊源的，因此，民法典采德国式立法模式，即以民法总则编作为统领全法典并且适用于民法各个部分的基本规则的模式，是历史发展的必然结果，其基本原则和方法也应当为我们当今的立法活动所借鉴，并且发扬光大。

2、清末民律草案对于民法总则的规定

《大清民律草案》仿照大陆民法的体系和结构，共分五编，依次为总则、债权、物权、亲属、继承，共计36章，1569条。其中总则编分为8章，计323条，第一章法例（1~3条）；第二章人（4~59条），内分权利能力、行为能力、责任能力、住址、人格保护、死亡六节；第三章法人（60~165条），内分通则、社团法人、财团法人三节；第四章物（166~174条）；第五章法律行为（175~266条），内分意思表示、契约、代理、条件及期限、无效撤销及同意五节；第六章期间及期日（267~173条）；第七章时效（274~311条），内分通则、取得时效、消灭时效三节；第八章权利之行使及担保（312~323条）。总则编规定了民律的基本原则和基本制度。这些原则和制度包括：

（1）基本原则。如第1条规定："民事本律所未规定者，依习惯法；无习惯法者，依法理。"[注]确认了习惯法对于民法的重要地位，反映了立法者对当时民律草案的不完备性的应有认识。第2条规定："行使权利履行义务，依诚实及信用方法。"确定了诚实及信用原则在民法中的重要地位。

（2）权利能力。第2章第1节第4条规定："人于法令限制内得享受权利或承担义务。"第5条规定："权利能力于出生完全时为始"。

（3）行为能力。第2章第2节第7条规定："有行为能力人始有因法律行为取得权利或担负义务。"第10条特别规定："满二十岁为成年人"，具有行为能力。

（4）责任能力。第2章第3节第37条规定："因故意或过失而侵害他人之权利者，于侵权行为须负责任。"但未满7岁或虽满7岁但无识别能力者，不负侵权行为之责任。

（5）人格保护。第49、50、55条分别规定："权利能力及行为能力不得抛弃"、"自由不得抛弃"、"姓名权受侵害者得请求摒除其侵害。"

（6）法人制度。第3章用了106条的篇幅对法人性质、组织形式、设立与消灭、权利能力与行为能力、活动方式、目的等做了规定。其中第60条规定：“社团及财团得依本律及其他法律成为法人。”第61条规定：“法人于法令限制内享受权利担负义务，但专属于人之权利义务不在此限。”

（7）民法上的物。第4章第166条规定：“称物者谓有体物”，此时，奴婢已经不包含在“物”内了。

（8）时效。规定了取得时效和消灭时效制度。第7章第274条规定：“时效溯及起算日生取得权利或消灭权利之效力”；第300条规定：“以所有之意思，于三十年间和平并公然占有他人未登记之不动产者，取得其所有权”；第301条规定：“未取得不动产之所有权，而用所有人之名义为登记以所有之意思，于二十年间和平并公然占有其不动产，并其占有之始系善意而无过失者，取得所有权”；第304条规定：“债权之请求权因三十年间不行使而消灭，但法律所定时间较短者不在此限”。

可见，《大清民律草案》的总则部分已经包含了现代民法的主要内容，并且成为了以后中国民法的借鉴模式。

3、北洋政府民法对于民法总则的规定。

民国成立后，民国元年（1912年）3月间，北洋政府司法部曾经提请临时大总统建议援用《大清民律草案》。但是，民国参议院于4月3日做出决议：民律草案，前清时并未宣布，无从援用。嗣后凡关民事案件，应仍照前清现行律中规定各条办理。1915年法律编查会将《大清民律草案》中的亲属编重加修订，以完善清末以来的民法典草案。1919年巴黎和会上中国代表提出收回领事裁判权问题，列强未做实质性答复。1922年华盛顿会议，中国代表再次提出领事裁判权撤废问题，与会列强提出待考察中国法治状况之后再做决定。为了应对法权会议的考察，

1922年北洋政府开始修订各法典，1925年完成民国《民律草案》之总则编、债编和物权编，1926年完成亲属编、继承编。实际上，民国《民律草案》在体例和内容上与《大清民律草案》如出一辙。同样由总则、债、物权、亲属、继承五编构成。其总则部分与《大清民律草案》相比由原来的八章缩减为五章，但其主要内容却没有什么实质性变化。其变化主要有以下几个方面：

其一，将法人从独立的一章列入第一章人的第二节中；

其二，取消法例一章；

其三，取消权利之行使及担保一章；

其四，将取得时效的内容移至第三编物权中的第二章所有权第一节的通则中，总则编中仅规定消灭时效。

其总则编具体包括：第一章人（1~94条），内分人、法人；第二章物（95~101条）；第三章法律行为（102~186条），内分行为能力、意思表示、契约、条件及期限、代理、无效、撤销、同意及承认；第四章期限之计算（187~195条）；第五章消灭时效（196~123条）。

可见，其基本内容没有明显超出《大清民律草案》的范畴。

4、南京国民政府民法对于民法总则的规定。

南京国民政府成立之初，在处理民事案件上，沿用北洋政府的民事法规、判例，也沿用民间习惯，并无统一的民法典。1929年，国民政府立法院成立后，开始民法典的起草工作，并一改清末修律以来皆采用民法典和商法典分别编纂的立法体系，而改为民商合一的立法体系，将通常属于商法总则之经理人及代办商、商行为之交互计算、行纪、仓库、运送营业及承揽运送均并入民法债编，其他不宜合并者，如公司、票据、海商、保险、商业登记等，分别制定成单行商事法规。该部民法典是在继承清末政府和北洋政府的民律草案的基础上，吸收大陆法系民法

典（其中主要是德国和日本民法典）的民事立法原则，是中国历史上第一部，也是迄今为止唯一一部正式颁布实施的完整的民法典。其仍为五编，第一编为总则编，规定的是民事权利及法律关系的总的原则，下设“法例”、“人”、“物”、“法律行为”、“期日及期间”、“消灭时效”、“权利之行使”七章。若仅从体例上与《大清民律草案》相比，仅仅缺少了“法人”一章。

由此可见，南京国民政府民法总则编在体例上与《大清民律草案》及《民国民律草案》的总则编是一脉相承的，其间具有很明显的继承性。这种继承性造就了中国近代史上三部民法典（前两部为草案）所具有的一些共通性，即：

其一，对于外来法的借鉴与移植。

具体表现在：

（1）立法形式上和体例上学习西方，最明显的就是在体例上始终采用德国民法典的“五分法”；（2）在立法原则上撷取西方之立法精神，如契约自由、诚实信用等原则；（3）在立法内容上直接承继西方，如法人制度、法律行为、期间期日、时效制度、权利行使等无一不是来自于西方国家的民法制度。

其二，对中国固有法之保留。

最典型的就是对民事习惯的尊重。无论是《大清民律草案》，还是《中华民国民法》，都在总则编中明确规定，民事法律未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。

由此，可以得出结论：民法总则编在民法典中所占有的重要地位，既是大陆法系中一些国家的传统，更是近代中国以来民事立法的传统。因此，仅从历史的角度考察，中国未来新民法典，也应当继承这个良好的传统，使得中国未来的新民法典能够以更加科学、完美的面貌屹立于世界民法之林。

（三）中国民法设立民法总则编的主要理由

以上，笔者从民法发展的角度对中国民法设立民法总则编的必要性和可行性进行了论述。具体而言，笔者认为，中国民法设立总则编的主要理由可以概括为如下几点：

1、增加了法典的体系性

大陆法系的一个重要特点就是强调法典的系统性，即使得整部法典形成一个有机的整体。从表面上看，民法中的人法和物法是完全分离的两部分，各自有着各自的独立性，但是，作为民法体系中不可或缺的组成部分，二者又确实存在着一些共同的问题，例如权利主体，权利客体，权利的发生、消灭与变更，权利的行使等，而这些问题又是需要统一加以明确和规范的，否则，整部法典就失去了主干和灵魂，很容易形成一盘散沙。因此，在人法和物法之上，设立一个总则编，规定人法和物法所共同遵循的规则，如人的能力、法律行为等，是应该的也是可行的。一个杂乱无章，缺乏系统性的法典是不可想象和无法适用的。

2、增强了法典的形式合理性

民事活动是十分复杂的社会活动，它涉及到社会生活的方方面面。如果一部本来内容就万分复杂的民法典由于形式杂乱，结构混淆，那是不可想象的。而设立民法总则的优点恰恰就在于有利于统领分则条款，确保整部民法典的和谐性，有助于减少分则的条款，有利于民法典自身的自我调整，而更趋合理性。

3、增加了法典体系的逻辑性

内部体系的逻辑性是大陆法系立法的主要特征之一。而逻辑性的基

本要求就是避免前后矛盾和重复。我们当然不能说没有民法总则就不能制定出民法典，法国等国的立法实践已经说明了这一点。但是，没有民法总则，法典的体系必然会淡化、消弱，民法的内容本身是非常丰富的，如果能够将一些适用于绝大部分民事行为的民事法律制度和规则加以总结、概括和抽象出来，而形成民法总则，那么，民法内在的体系将更为严密。同时，也使得整部民法典形成从一般到具体，从普遍到特殊的这样一个层层递进的逻辑体系。而逻辑体系的强否，也恰好是衡量一部民法典编纂水准的重要标准。

4、使得法典更为简洁

民法总则的设立使得民法的各个组成部分形成一个逻辑体系，这将会减少对一些共同规则的重复规定。从而避免前面已经说明过的东西，后面就没有必要再作重复了。反之，如果不设立总则，为了避免重复的弊端，就必须运用参引的技术，使得分则篇幅过大，内容繁冗、拖沓，而失去了科学性和法典所应当具备的简洁性的特点。

5、有助于弘扬民法的基本精神和理念

民法是平等、自由精神的体现，是市民社会和商品社会发展的产物，民法的这些基本精神和理念主要是在民法总则中表现出来的。例如主体制度中关于主体人格平等的规定，法律行为中关于意思自治的规定，基本原则中关于平等、公正、诚实信用等原则的规定，都体现了民法的基本理念。这些基本理念和精神既是我们制定民法时所应当遵循的基本原则，更是从事民事活动和进行民事裁判所应当遵循的基本准则。因此，对这些民法的基本精神和理念的集中规定和彰显，就成为了民法总则的重要任务之一。

6、增强了法典的开放性和适应性

面对异常丰富多彩的民事行为，任何一部民法都不可能将其行为规范殆尽，在实践中，法律中的漏洞和空白在所难免，而立法一般来说是永远滞后于现实社会的，因此，为了填补这些法律中的漏洞和空白，民法总则就成为了民法典必不可少的组成部分，由于民法总则的高度的抽象性，其规范的权威性是高于具体规范的，这就为民法典的适用和发展开辟了一个广阔的空间。在没有具体规范时，民法总则中的抽象性的原则和规范，一样可以适用到在司法实践中，从而增强了法典的开放性和适应性。

7、增强了法典的内涵

由于民法总则的较强的开放性和适应性，使得民法典的内涵得以增强和扩大。法官可以根据民法总则所规定的基本原则和共同规则，去对法典做出解释和类推，从而，从客观上会增强法典的内涵。

8、有助于适用者更好地理解法典

由于民法典的内容的庞杂性，在适用时会因为找不到共通的规则而造成司法上的混乱。因为，大陆法系与英美法系不同，它的适用更加依靠司法官对于法典的理解。而民法总则中对于诸如民法基本原则、共同规则和基本制度的规定，恰好有助于适用者更好地理解法典。因为，这些基本原则、共同规则和基本制度，都是对具体规则和制度的总结和升华，对于它们的准确理解，就意味着对那些具体规则和制度的准确理解。

9、有助于适用者更好地适用法典

理解的目的是为了更好地适用法典，对民法总则的理解，自然会有助于更好地适用法典。如果没有民法总则的规定，不仅会影响或减弱适

应者对于法典的理解，更会影响到适用者对于法典的适用。

10、有助于培养国民良好的法律意识和法律思维方法

民法总则的规定不仅是一般的抽象的法律规范，更是对其他民事法律制度的抽象性的归纳和总结。一部好的民法总则应当也是一个弘扬民法精神、彰显民主意识的宣言书。因此，通过学习民法总则可以培养良好的法律意识和法律思维方法。应当说，对于民法总则研究的正确、深入与否，将直接影响到民事法律意识和思维方法的正确与否，特别是对于树立良好的法律意识和法律思维方法至关重要。尤其是对于法官来讲，认真而正确地理解民法总则的内容，对于培养他的良好的法律思维方法，有着非常重要的作用。因为大陆法系法典的较强的逻辑性的特性，对于培养法律人归纳、演绎等抽象思维方法能力，具有十分重要的意义。

总之，无论从历史的角度还是从现实的角度来看，在民法典中制定民法总则编都是十分必要和可行的。

二、《民法通则》与民法总则的关系问题

（一）《民法通则》制定的基本情况及其意义

《民法通则》是新中国第三次起草民法的重要成果，是商品经济的发展、经济建设和改革开放的需要，它反映了当时改革开放时代的发展要求，所以也促进了我国改革开放和社会主义经济建设以及精神文明建设的健康发展，标志着以政策手段调整民事关系为主的时代基本结束，

又预示着我国正规的、大规模的民事立法的开始，在新中国民事立法史上具有重大的里程碑意义。

1978年12月，党的十一届三中全会提出了把全党工作的重心转到实现四个现代化上来的根本指导方针。同时，也在总结建国以来，特别是“文化大革命”以来的经验教训时认识到：“为了保障人民民主，必须加强法制。必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”并突出的强调“我们的民法还没有，要制定；经济方面的很多法律，比如工厂法等等，也要制定。”[注]1979年全国人大成立法制委员会，由彭真担任委员长，并成立民法起草小组。1982年5月1日，民法起草小组拿出了包含有民法的基本任务和基本原则、民事主体、财产所有权、合同、智力成果权、财产继承权、民事责任、其他规定等内容的、计八编共465条的民法草案第四稿。这一次起草民法草案要求在充分调查、研究中国国情，并借鉴中国历史上民事立法的经验教训和国外民法文化精华的基础上进行，要从中国的实际出发，解决中国的实际问题。也正是强调民法典要从中国的实际出发，而当时中国的国情是：刚刚“拨乱反正”，正建设着有中国特色的社会主义，农村的经济体制改革初见成效，城市经济体制改革尚没有全面开展，对外开放还在尝试阶段，改革开放和社会主义现代化建设会出现什么样的问题、这些问题如何解决，还没有明朗化、稳定化，超前立法或滞后立法都有破坏或束缚改革开放的可能。所以，在民法典的制定步骤上是制定完整统一的民法典还是根据需要和可能先制定单行法，待时机成熟了再制定统一的民法典的问题上分歧很大。在这一点上，邓小平同志在党的十一届三中全会主题报告上早有指示：“现在立法的工作量很大，人力很不够，因此法律条文开始可以粗一点，逐步完善。有的法规地方可以先试搞，然后经过总结提高，制定全国通行的法律。修改补充法律，成熟一条就修改补充一条，不要等待‘成套设备’。总之，有比没有好，快搞比慢搞好。”[注]彭真等领导同志根据当时的基本国情、法制建设总的要求和民法典稳定性、严肃性的特点，提出了“改批发为零售”的民法起草方针——总的方向和任务是制

定民法典，但是，可以根据需要先制定单行法，成熟一个制定一个。所以，这一时期就制（修）定了《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》、《矿产资源法》、《商标法》、《专利法》、《婚姻法》、《继承法》等单行法律，分别涉及到民事主体、债权、物权、知识产权、婚姻、家庭等问题的具体规定。但是，对一般民法的原则、民事主体、民事法律行为和代理、时效与期间等传统民法总则的内容还没有规定，同时，对个体工商户、农村承包经营户、合伙等其他的民事主体、名誉权等人身权、对更多的物权、合同之外的债权、著作权、侵权等都没有规定。民法起草小组在全国人大常委会法律工作委员会的领导下，对这些进行了充分的调查研究，起草条文后又经过26次的修改论证，特别是经过了全国许多地方人大法工委和最高人民法院的领导同志、高等院校、科研机构的专家和学者参加的180人会议的研讨，最后提交全国人大六届四次会议通过。该法不仅包括民法总论的主要内容，还包括民法分论概括性的内容，所以，取名《民法通则》。它是我国第三次民法起草工作者集体智慧的结晶。

《民法通则》的制定、颁布与生效，除了立法机关领导人员和立法小组成员的主观努力外，更是当时社会发展的客观需要，是思想解放、商品经济的发展与社会经济建设、经济体制改革、对外开放和民事法律自身的体系化和系统化的需要。

《民法通则》是在中国发展社会主义商品经济和实行对外开放的时代背景下，根据当时的社会需要而制定的，法律规范的字里行间渗透着商品经济的气息与改革开放的时代要求：它将民法的调整对象界定为平等主体之间财产关系和人身关系，打破条块分割，打开并促进平等主体之间的横向经济交往与联合；同时规定民事活动的平等、自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则；坚持了权利本位和意思自治；解决了商品经济的重要主体——法人的内涵和责任问题；确定了侵权责任的一般规则原则和涉外民事关系的法律适用方法。为平等的民事主体之间正常的经济交往提供了充分的法律保护，从而促进了商品经济的发展和计划经

济体制向市场经济体制的转变，也为对外开放政策的落实创造了良好的法制环境，并最终促进对外开放的发展。

《民法通则》不仅为社会主义物质文明建设创造了条件，更促进了社会主义精神文明建设的健康发展。《民法通则》通过对诚实信用和公共秩序与善良风俗原则的规定，和对违反诚实信用和公共秩序与善良风俗原则行为的否定，并对其他违背公平、自愿、等价有偿和滥用权利的行为责以适当的民事责任，促使人们在经济交往中诺而有信、不诈不欺，并以善意的方式进行交易，引导整个社会形成良好的社会风气和高尚的道德情操。

《民法通则》颁布的最大意义还在于它在新中国民事立法史上的里程碑作用。受历史时代的限制，《民法通则》的法律规范有些抽象、原则、欠缺和漏洞，甚至还有很不科学的地方。但是，从历史的眼光考察，在当时的历史条件下，它能冲破传统的计划体制的禁锢，改传统的经济管理靠国家计划和国家政策的作法为横向经济交往靠民法规范与私法自治的举措，还是有着它特殊的时代意义的。它标志着以政策手段调整民事关系为主的时代基本结束。同时，《民法通则》的颁布，以它特有的结构和内容对各单行法律法规进行理论归纳和指导的同时又与各单行法互为补充，共同构成一个体系而作用于经济生活，并随着经济和社会的进步而不断完善和体系化，为我国现在进行并会最终问世的民法典和将来各项民事法律制度的创新奠定了基础。

（二）《民法通则》应为民法总则的基础和胚胎

现今的民法典编纂是以往中国民事立法的继续和进一步完善，而新中国成立以后民法制定的几经波折和《民法通则》的颁布过程正深刻的反映了新中国民事立法的背景，给现今的民法典的编纂留下更多的借鉴意义和重要启示。在这些借鉴和启示中，有一个最重要的经验，那就是，未来民法典中的民法总则的内容应当以《民法通则》为基础，在本

着科学发展的精神对其加以进一步的修订和完善的基础上，完成民法总则的制定。理由如下：

1、《民法通则》已经构建起了我国民法总则的基本框架。

《民法通则》的具体分为九章，即“基本原则”、“公民”、“法人”、“民事行为和代理”、“民事权利”、“民事责任”、“诉讼时效”、“涉外关系的法律适用”、“附则”。

《民法通则》的主要内容包括：

（1）民法调整的范围；（2）民事活动的基本原则；（3）公民的民事权利能力；（4）公民的民事行为能力；（5）监护；（6）宣告失踪和宣告死亡；（7）个体工商户和农村承包经营户；（8）个人合伙；（9）法人应当具备的条件；（10）法人如何承担责任；（11）对企业法人的监督管理；（12）企业法人法定代表人的责任；（13）联营；（14）民事法律行为应当具备的条件；（15）民事法律行为的法律效力；（16）附条件的民事法律行为；（17）代理的范围和种类；（18）代理权的行使；（19）无权代理和越权代理；（20）代理关系中连带责任；（21）财产所有权的分类；（22）所有权的取得和转移；（23）财产所有权在法律上包括的内容；（24）共有财产；（25）与财产所有权有关的财产权；（26）债权的性质、产生与种类；（27）合同的债；（28）债的担保；（29）非合同的债；（30）著作权的主体、客体及内容；（31）专利权、发明权、发现权和其他科技成果权的基本制度；（32）商标专用权的基本制度；（33）生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权等人身权的基本制度；（34）承担民事责任的原则；（35）违反合同的民事责任；（36）侵权的民事责任体系；（37）承担民事责任的方式及其适用；（38）诉讼时效的期间；（39）诉讼时效的开始、中止、中断和延长；（40）涉外民事关系适用法律的原则；（41）涉外民事关系中自然人、法人的法律适用；（42）涉外民事关系中财产所有权的法律适用；（43）涉外合同的法律适用；（44）涉外侵权行为损害赔偿的法律适用；（45）涉外婚姻、家庭关系和继承的法律

适用。

从上述《民法通则》的框架结构和主要内容可以看出，《民法通则》所规定的内容已经包含了民法总则所应当包含的主要内容，其完全有资格成为中国民法典民法总则的基础和胚胎，在此坚实的基础上制定出来的具有中国特色的民法总则，应当能够成为一部比较完备的、带有时代特色的民法总则。

但是，其中民事权利部分是对民法分则的规定，不应纳入总则之中。另外，有关民事责任中的违约责任和侵权责任的具体规定也应当分别在合同法以及侵权责任法中做出规定。涉外关系的法律适用属于国际私法的内容，在民法中也应当单独成编，而不应纳入总则。除去上述应纳入分则的内容，《民法通则》中的其他内容，经过进一步地修改和补充，完全可以纳入民法总则编之中，从而构成一个完整的、具有中国特色的民法总则的体系。

2、《民法通则》所确定的基本原则和民事法律制度已经为我国二十多年的实践所证实基本上是符合我国国情的。

《民法通则》从制定到现在已经有23年的历史了，这23年恰是中国飞速发展的23年，也是中国近代以来发展最稳定、最快速的时期，同时也是法制建设发展最顺利的时期。作为一个特定历史时期的民事法律基本法和母法的《民法通则》，在保护民事主体正常的民事活动、为司法机关的民事审判活动提供基本准则、向全民普及民事法律意识以及对外民事交往等方面，都起到了积极的作用。因此，可以说，如果没有这部起着民事法律基本法和母法作用的《民法通则》，很难想象这二十多年来中国民事主体的民事活动将会受到怎样的影响？中国现行的民事法律和司法体系恐怕至今还难以确定下来。中国各级人民法院每年成功审理的成千上万个民事纠纷案件，就是对这部法律的充分肯定。其中所确立的诸如民事主体地位平等、自愿、等价有偿等民事活动的基本原则，以及一系列民事法律概念、制度和规则，已经为中国人民所接受，并且越来越深入到中国人民的身心中。尤其不可否认的是，中国二十多年来来

之不易的稳定局面，就有起着民事基本法作用的《民法通则》的不可抹杀的功勋。因此，完全可以相信，将来以《民法通则》为基础和胚胎制定出来的民法总则，也一定会得到中国人民的肯定和接受。

3、《民法通则》在制定时本身就带有民法总则的性质和地位。

关于《民法通则》的制定背景前文已经有所叙述，这里是想通过对《民法通则》在制定过程中对其性质和地位的认识过程的阐述，来阐明在当时的背景条件下《民法通则》的性质问题。

早在1982年，民法起草小组就起草了民法四稿。这时候就发生一个问题：当时制定一部完整的民法典的条件是否已经成熟？对于这个问题，历来就存在着不同的看法。早在新中国成立初期就有人主张搞一部完整的民法典。1979年成立民法起草小组时，也碰到这个问题。但是，有一点大家是有着共同认识的，那就是：制定民法要从实际出发，就是要体现经济体制改革的新经验。而中国的经济体制改革是从农村开始的，城市大规模的体制改革是在1984年10月十二届三中全会以后，1982年时，城市的经济体制改革还没有全面开展，例如，科技改革也是在1984年以后才有科技改革的决定。因而，当时还没有明确提出技术成果是商品，民法四稿里有发明权、发现权，但没有规定专利权。如果当时就制定完整的民法典，专利权等技术成果权利就不可能体现在民法中。但是，如果等所有问题都成熟以后再制定民法，也是不现实的，会严重影响和束缚经济改革的进程。在此情形下，中央提出了“零售”方针，即成熟一个搞一个，先制定一批单行法，于是就有了诸如经济合同法、民事诉讼法等一些系民事法律。但是，这样又出现了一个问题，这些已经颁布的民事单行法，虽然已经明确了一些具体的民事法律制度，但是，缺乏一个有关民事关系、民事活动共同遵守的规范，例如《民事诉讼法》规定了认定公民无民事行为能力的程序，但什么是有民事行为能力，什么是无民事行为能力，缺乏规定。《经济合同法》中提到法人，但法人需要什么条件，也还没有规定。因此，需要对民事关系、民事活动应当共同遵守的规范做出规定。于是，就又提出一个是搞民法总则，

还是搞民法通则的问题？开始想搞民法总则，但是根据当时的实际情况，需要规定的内容要比传统的民法总则要广。例如，民事权利问题，我们虽然有了一些单行法律，如继承法规定了继承权，专利法规定了专利权，但是有必要把公民和法人的主要民事权利给予概括性的规定。这样既可以有利于民事主体正确地行使和保护自己的民事权利，又可以把当时单行法中还没有规定的民事权利加以规定，如著作权、名誉权等。这样就使得这部法律具有一定的前瞻性和适用性。但是，如果这样设计的话，其所包含的内容就突破了传统的民法总则的内容，尽管其性质有着民法总则的作用，但是在民法典还没有开始制定的情况下，称民法总则也不合适，于是曾经有人提出叫民法总纲，在向委员长汇报情况后，委员长提出可否叫民法通则，经研究认为，称民法通则更符合实际，这样可以根据具体情况把需要规定内容写进去。[注]

笔者认为，从上述的制定过程和以后的实践看，当时称《民法通则》的用意，应当还有一个重要的内容，那就是：在当时的历史条件下，以《民法通则》暂时起一个过渡性的作用，待条件成熟后在此基础上制定民法典或者民法总则，来进一步完善中国的民事法律体系。笔者的这一观点，已经为2002年12月23日全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然在第九届人大常委会第三十一会议上所作的《关于 < 中华人民共和国民法（草案） > 的说明》所证实。其说明的第二部分“关于民法编纂中其他几个主要问题”中的“关于民法总则”中说到：“在民法通则的基础上，草案主要对无民事行为能力人的年龄以及诉讼时效的期间等作出修改补充，……”[注]可见，这里已经明确地表明：民法总则的制定是要以《民法通则》为基础的这样一个事实。因此，完全可以说：《民法通则》在制定时本身就带有民法总则的性质和地位，现在我们制定民法中的民法总则，就是要以《民法通则》为基础和胚胎。

（三）《民法通则》不能完全代替民法总则

尽管《民法通则》具有民法总则的性质，但是我们绝对不能说《民法通则》就是中国的民法总则，二者还是有着很大的区别的。这种区别主要反映在以下几个方面：

1、二者制定的历史背景条件不同

《民法通则》制定在中国改革开放的初期，那时的中国的经济体制改革刚刚开始，城市的经济体制改革甚至还没有展开，许多问题还没有出现，我们对商品（市场）经济的认识还远远不够，当时经济体制改革的目标还称为“有计划的商品经济”。很多民事权利我们还不了解，甚至还没有开始研究。不要说物权概念，就是所有权的概念，我们当时还停留在苏联的模式之下，那些后来确认的所谓著作权、亲权、人格权等等，还都没有引入中国人的眼界。甚至对于何为商法都没有一个明确的概念。在那种历史背景下，能够制定出那样一部带有一定超前思维的《民法通则》已经是难能可贵了，是应当为后人所赞颂的。例如，《民法通则》中关于民法的调整范围、民事活动的基本原则、法人制度、关于所有权的规定、合同制度的规定、知识产权制度的确立、人身权的规定以及民事责任制度的规定，等等，都具有一定的前瞻性和创造性，应当说没有《民法通则》，就没有以后20年中国民事法律的发展，没有《民法通则》，就不会有所谓中国特色社会主义法律体系的提出和建立，就不会有中国民法的制定。但是，应该承认的是，《民法通则》毕竟是20多年前的东西，现在中国的实际情况已经发生了很大的变化，尤其是中国人民的法律意识，已经与当年的情况不可同日而语，因此，目前所进行的民法的制定工作，其基本指导思想和制定的方法、人员等均已与当时制定《民法通则》的情况大相径庭。因此，无论从什么方面看，二者在内容、制度设计、指导思想等各个方面都已经完全不同。所以，如果再墨守以往的陈规恐怕就是十分不明智和有害的了。

2、二者制定的目的不同

前文说过，《民法通则》制定的目的之一是要对民事关系、民事活动应当共同遵守的规范做出统一的规定，以适应当时经济改革的需要，而不是作为民法典来制定的，充其量其主要起一个过渡性的作用，即向未来的民法典过渡。而此次制定民法总则的目的很明确，就是作为民法中的总则部分来制定的。因此，由于立法目的的不同，必然导致在立法指导思想、方法、内容等方面的不同。因此，二者是不能等量齐观的。从目的上说，这次制定民法总则所要达到的最终的目标的高度要小于当年制定《民法通则》时的要求。

3、二者在中国法律体系中的地位不同

《民法通则》可以看作是中国民事法律体系中的一个带有时代特征的特殊的单行法，其地位虽然可以看作是当时所有其他民事单行法的基本法，但是，其在中国法律体系中的地位与民法典是不一样的，它可以被看作是一部带有特定时代特征的、调整民事关系和民事活动的独立的民事法律。而民法典则是中国法律体系中完全独立于其他法典的国家的基本法律，其法律位阶仅次于宪法。而民法总则则又是民法典中的一个组成部分，它是依附于民法典的，其自身不能独立存在，也不能被独立适用。所以，二者在中国法律体系中的地位是不同的。

4、二者在内容结构上不同

前面已经提及，《民法通则》制定时在内容上就比传统的民法总则要广，它涵盖了一些民法典中应有的内容，如民事权利部分的规定，包括人身权、继承权、知识产权等制度的概括性规定；民事责任中违约责任和侵权责任具体内容的规定；涉外关系的法律适用的规定等。它要解决的问题的范围也远远大于传统的民法总则的范围。因此，二者在内容结构上也是不同的。

5、二者的适用范围不同

《民法通则》的适用范围和法律效力要远远地小于民法典，这是毫无疑问的。但是，其与民法总则比起来其适用范围和法律效力如何，则是一个值得研究的问题。笔者认为，从实践中说，《民法通则》的适用范围自然要大于民法总则，因为《民法通则》有着明显的独立性，它的所有规范可以完全独立地被适应于所有民事行为和民事主体，而民法总则作为民法的一部分，其规定的内容一般来说只能与民法中其他部分的其他制度和规则联系起来适用，特别是一些原则性规范，往往只能在民法没有明确规范的情况下，才可以被直接适用而作为审判的直接依据，在大多数情况下，它的作用主要是作为学术研究和法律解释以及学理分析的依据。因而，二者在适用范围上还是有着不同的地方的。

综上所述，《民法通则》与民法总则编是有着明显的区别的，《民法通则》绝不能代替民法总则编，而只能作为民法总则编制定的基础和胚胎。

三、民法总则编的基本结构及其主要内容

在上文中，笔者已经论述了民法总则编与《民法通则》的联系与区别，并且已经明确地指出了民法总则编应当包含的主要内容，下面，笔者将具体阐明中国民法总则编应当包含的具体内容。

（一）一般规定

该部分是有关整部民法体系的调整对象和在民法适用中所应当遵守的基本原则等涉及民法的基本性问题的规定。

1、民法的调整范围

可以规定为："本法调整自然人、法人和其他组织之间的人身关系和财产关系。"

2、民法的基本原则

可以将平等原则、意思自治原则（自愿原则）、公平原则、诚实信用原则、不得违背公共秩序和善良风俗原则以及禁止权利滥用原则，列为民法的基本原则。

（二）民事主体制度

1、自然人

包括：民事权利能力和民事行为能力的存续、类型；监护；宣告失踪；宣告死亡；住所、户籍登记。

2、法人

包括：法人的定义；法人民事权利能力和民事行为能力权利的取得和消灭；法人设立的条件；法人的法定代表人；法人的变更；法人的责任；法人的解散与清算；法人的分支机构。

3、其他组织

包括：合伙；其他非法人组织。

（三）民事客体制度

1、物

包括：物的定义；物的种类（不动产，动产，重要成分，主物、从物，特定物、种类物，消费物、非消费物，可分物、不可分物，特定物、不特定物，附着物、临时附着物，融通物、不融通物，孳息，孳息的归属，动物）。

2、智力成果

包括：专利；商标；著作；计算机软件；域名；商业秘密等。

3、人身利益

身体；生命；健康；姓名（名称）；肖像；名誉；隐私；信用；荣誉。

4、有价证券

包括：有价证券的定义；种类（汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单、股票、提存单证）；对有价证券的要求；有价证券的权利主体；有价证券的转让；有价证券的行使。

（四）法律行为制度

1、法律行为的一般规定

包括：法律行为的定义；法律行为的成立；法律行为的一般生效要件；法律行为的形式。

2、意思表示的规则

包括：意思表示的定义；意思表示的生效；意思表示的形式；意思表示的撤销。

3、法律行为的效力

包括：单方法律行为的效力；单方法律行为的撤销；无民事行为能力人的法律行为；限制民事行为能力人的单方法律行为；真意保留；虚伪表示、欺诈、胁迫、显失公平、乘人之危、重大误解、无权处分。

4、法律行为的解释

包括：文义解释；整体解释；目的解释；习惯解释；公平解释；诚信解释。

5、代理

包括：一般规定（代理的定义、代理的效力、代理的种类、代理人的行为能力、代理权的依据）；意定代理（代理权的授予、代理期间与代理事项、代理权的限制与撤回、共同代理、代理的禁止、复代理、紧急情况）；无权代理（本人的追认权、相对人的催告权、善意相对人的撤销权、无权代理的赔偿责任）；表见代理（概念、构成要件、相对人的审核义务、不得适用表见代理的情形）；代理关系的终止（意定代理的终止、委托代理的终止、法定代理的终止、指定代理的终止）。

（五）诉讼时效制度

1、一般规定

包括：概念与效力；客体与适用范围；时效抗辩权的抛弃；默示抛弃与权利失效；第三人主张时效。

2、诉讼时效的期间及起算

包括：普通诉讼时效期间及起算；最长权利保护期间及起算；未定清偿期债权诉讼时效期间的起算；定期给付债权之各期给付债权诉讼时效期间的起算；分期付款债权诉讼时效期间的起算；责任竞合情况下的诉讼时效期间。

2、诉讼时效的中断

包括：概念与事由；中断事由的扩张；请求的中断效力；起诉的中断效力。

3、诉讼时效的中止

包括：磋商引起的中止；时效因不可抗力而不完成；时效因欠缺法定代理人而中止；时效因法定代理关系的存在而停止或者不开始；时效因继承人、管理人未确定而中止；时效因夫妻关系、家庭关系存续而中止。

4、期间和期日

包括：除斥期间（适用范围、除斥期间届满的效力、除斥期间的开

始、除斥期间的阻却事由）；期日、期间（期间的起算点、期间最后一日的终止点、期间最后一日的决定）。

（六）民事责任制度

1、民事责任产生的根据

包括：民事责任产生的根据（法律行为、事实行为、法律规定的事件、法律的其他直接规定、法院的判决）。

2、民事责任承担的方式

包括：停止侵害；排除妨碍；消除危险；返还财产；回复原状；赔偿损失；消除影响；赔礼道歉；修理、更换、重做；支付违约金。

3、责任竞合

4、民事责任优先的规则

（原载于《社会科学》2008年第3期）

---

1. 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第13页。
2. 法国民法典前面有一个部分，标题为《前编·法律的公布、生效以及一般适用》，有6条规定。这6条规定笔者认为不属于名发总则的范畴，因为这6条规定不只是民法的问题，而是一切"法律"的几个基本原则。而且这个《前编》没有与以下各编统一编号。据说，这6条当时制定时不只是作为民法的前6条，而是作为当时计划中的不可几个法典（民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典）的一个总法典的《前编》的。（参见【日】谷口和平（译注）：《现代外国法典丛书（14）·佛兰西民法（1）人事法》，有斐阁昭和三十一年版，第27页。转引自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第5~6页。）由于它只列于民法

典之首，所以使人误以为这只是民法典的前编了。

3. 参见何勤华主编：《法国法律发达史》，法律出版社2001年5月第一版，第16~17页。
4. 王泽鉴：《民法总论》，中国政法大学出版社2001年版，第24~25页。
5. 蓝瀛芳：“民法各种之债的特征及其探讨”，载《辅仁法学》第9期。
6. 参见自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第26~27页。
7. 参见自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第27~28页。
8. 【法】勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第84页。转引自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第28页。
9. 谢冠生：《台北1967年司法节致词》，载《司法专刊》第190期，第6页。
10. 洪仁玕：《立法制喧谕》，载<<洪仁玕选集》，中华书局1978年版，第27页。
11. 李贵连：《沈家本年谱长编》，台湾成文出版社1992年版，第323页。
12. 《光绪朝东华录》（五），中华书局1958年版，总第5746页。
13. 《光绪朝东华录》（五），中华书局1958年版，总第5765~5766页。
14. 《大清民律（草案）·奏折》，宣统三年法律修订馆印。
15. 德国早在1838年已在普鲁士铁路法中规定了铁路危险责任，单德国民法典中却没有规定这种责任，仍以过失责任作为侵权行为的普遍原则。
16. 当时德国正在普遍兴起劳动合同制度，而德国民法典只规定了雇佣合同，没有规定劳动合同。
17. 参见自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年9月版，第35页的内容及注释。
18. 《大清法规大全·法律部》。
19. 郝铁川：《中华法系研究》，复旦大学出版社1997年版，第20页。
20. 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（上），中华书局1979年版，第72页。
21. 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（上），中华书局1979年版，第11页。
22. 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（上），中华书局1979年版，第10页。

23. 参见郝铁川：“论近代中国对大陆法系的选择”，载南京师范大学法制现代化研究中心编：《法制现代化研究》，南京师范大学出版社1996年版，第312页。

24. 《袁世凯奏议》卷14，天津古籍出版社1987年版。

25. 封丽霞：《法典编纂论——一个比较法的角度》，清华大学出版社2002年版，第376页。

26. 《大清民律草案·法例》，吉林人民出版社2002年版。

27. 邓小平：《民主和法制两手都不能削弱》，载于《邓小平文选》（第二卷），第189页。

28. 邓小平：《解放思想，实事求是，团结一致向前看》，载于《邓小平文选》（第二卷），第147页。

29. 上述关于《民法通则》制定过程中基本情况可参见顾昂然：《立法札记》，法律出版社2006年8月版，第215~216页的相关内容。

30. 具体内容可参见顾昂然：《立法札记》，法律出版社2006年8月版，第358页的相关内容。

人格权法制定中的焦点问题研究

一、人格权法在民法中的地位

欲说明人格权法在民法中的地位，首先我们应当从人格权概念和体系的出现、发展的历史进程中去寻找答案。

人格权的法律概念形成于16世纪，到19世纪才逐步发展成为一个相对独立的理论和立法体系，其与世界近代民法理论和立法体系的形成几乎是同步的。

16世纪的荷兰学者胡果（Hugo Donellus，1527—1591）最早提出了诸如生命、健康等权利概念，开创了人格权理论的先河。他把权利分为对物的权利（即物权）、对他人的权利（即债权）和对自己人身的权利（即人格权），其中人格权又包括身体完整权、自由权、荣誉权等。注

19世纪法国学者本陶德（Bentauldzai）在其《拿破仑法典的原则和实践》一书中提出了人格权的概念。但真正把人格权理论初步完善起来的是德国人。1877年，德国学者加雷斯（Gareis）在其发表的一篇文章中提出了人格权理论，但他认为人格权属于工业产权和知识产权的范畴。德国另一位学者基尔克在1895年出版的《德国私法》一书中，用了近200页的篇幅详细地论述了人格权的内容，认为它涉及生命、身体完整、自由、名誉、社会地位、姓名和区别性标志，以及作者和发明者的权利等。该著作被认为是人格权的基础理论研究方面的奠基之作。此后，德国学者柯尔勒（Joseph Koher）等人提出了“一般人格权”的概

念。美国学者于19世纪末到20世纪初期提出了隐私权概念和人格权包括姓名、身体、荣誉和名私生活、肖像等内容的观点。[注]从而，人格权的基本轮廓得以逐渐明朗起来。

在18到19世纪的立法中，各国都开始将具体人格权纳入各自的民法体系之中。1794年普鲁士一般邦法实施法第83条提出了人的一般权利的概念。该法第一编第六章第1条以下规定了诸如身体、自由、名誉等具体人格权。1811年的《奥地利民法典》第1325—1330条列举了生命、身体、自由和名誉等具体人格权。德国虽然没有系统规定对人格权的保护，但是，《德国民法典》第823条第1款规定了对生命、身体、健康、自由的保护，第825条对贞操的保护予以了规定。总的来说，20世纪以前的民事立法并没有系统、全面地规定人格权的内容，但却确立了人格地位的平等，同时将诸如生命权、健康权、身体权、自由权等具体人格权纳入了民法权利体系的保护范围之内。这就为20世纪以来人格权法的发展奠定下了坚实的基础。

进入20世纪以来，人格权法在世界各国民法体系中得到了飞速的发展。几乎所有国家的民法中都包含了人格权法制度，而且随着历史的发展，各国民法对人格权越来越重视，在民法体系内部，给予人格权法的地位越来越高，空间越来越大，这是人类历史发展的必然，是人类在经历过无数的残酷的战争和屠杀后，对自身价值认识的不断提高的结果。因此，作为同样有过严酷的和痛苦的经历的中国，在制定民法时是否也应当从中得到些必要的启迪。

这里有一个问题需要说明，为什么在19世纪西方各国会将人格权纳入民法的范畴之内，而不是其他的法律之中呢？

笔者认为，这是与近代民法的基础理论的建立与发展分不开的。近代民法的基础从源头上说仍然是罗马法。在古代法中，罗马法是维护“以私有制为基础的法律的最完备的形式”，因而，罗马法体现了商品经济的一般规律，因为，罗马的简单商品经济高度发展，民事法律关系扩大到社会生活的各个方面，从而导致罗马私法尤其发达，并使之独立

于公法，而罗马私法的核心即我们今天所说的民法。“民法准则只是以法的形式表现了社会的经济生活条件”，因而，财产关系便成为了民法所调整的主要对象，而财产关系的核心即产权（所有权）制度，所以，民法的一个基本的功能也在于明确产权关系（物权关系），而在罗马共和国和罗马帝国时期，自由民的私人产权是明确的，而且得到了政府的保护。这种保护即法律上的保护，这里的法律主要是私法。作为处于私法核心地位的民法，是反映商品生产和商品交换的客观需要的法律，是交易活动的最基本的规则。而商品交换的实现，必然要求交换者具有独立的人格和独立的人格权、财产自主权和交易（合同）自由权，因此，商品关系的本质要求也必然要表现为民法上的民事主体、所有权和债权这三位一体的制度，这三大制度也恰恰构成了民法的最基本的制度。因此，历史上，自罗马法以后的反映不同时期的社会经济需要的民法，无论属于那种法系或模式，其表现形式和内容可能存在一定的差别，但民事主体、所有权和债权这三大民法制度始终为其基本内容。而这其中的民事主体制度则又是三大制度的支柱与基础，因为，若失去了行为主体，后两大制度也就失去了存在的意义。后两大制度可以归结为财产制度或财产关系，民事主体制度又可以归结为人身关系，而人身关系的核心内容即人格权与身份权。

在古罗马，已经有了人格的概念。人格来源于拉丁语persona（人格），在罗马法学家的表述中，persona有“声望和尊严”、“自由民”、“享有法律地位的任何人”等含义。在罗马法中，“人格”一词是用“caput”一词来表述的，该词义为头颅，其寓意为，人格对于人来说，犹如头颅对于人一样重要。在罗马法中，凡享有权利能力的人，就具有法律上的人格。在罗马法中，人格的内容包括自由权（status libertatis）、市民权（status civitatis）和家族权（status familiae），其中的自由权是作为自由人所必须具备的基本权利；市民权是专属罗马市民享有的权利，包括公权和私权，私权包括婚姻权、财产权、遗嘱能力和诉讼权。私权中的自由权和市民权，经过启蒙运动和资产阶级革命的洗礼逐渐演变为近代民事权利中的人格权和身份权、物权、债权等其他民

事权利。

因此，继承罗马法传统的大陆法系国家的学者和立法者，在构建近现代民法体系的过程中，便自然而然地将人格权列为民法的基本制度之一，这一来是继承罗马法的结果，更重要的是他们反对封建制度的需要，他们以法律人格平等的观念，来对抗封建的等级制度，以建立起适合资本主义发展所需要的新的人身关系和财产关系。

这就是在19世纪西方各国将人格权纳入民法的范畴之内的根本原因之一。这也告诉我们一个真理：所有法律制度得以确立和发展，都是与社会经济发展的需要分不开的。人格权之所以能够堂而皇之地跻身于民法三大制度之中，从根本上说，就是社会经济发展的需要。如果没有商品经济的发展，没有频繁的商品交换和越来越严密的社会分工，社会就不会出现对人格平等理念的强烈的要求，也就不会有民事主体制度、所有权制度和债权制度三大民法制度的出现，因此，为了确保人类现有的社会经济制度，保证社会经济及社会结构的稳定，加强人格权的立法，加大对人格权的保护力度，已经得到了世界各国的共识。大家已经认识到了没有一个稳定的社会经济秩序，没有一个稳定的和谐的生存环境，人类是要吃苦头的。而作为一个需要社会经济超常稳定的发展中国家的中国，尽快确立起一整套能够更好地保障民事主体合法权益的人格权制度，乃当务之急。因此，在民法体系确立一个独立的、完整的、全面的人格权制度，对于当今中国是万分必要的。人格权法独立成编将会直接促进中国社会经济的发展与稳定。

由此可见，近代以来无论在西方国家的法学理论和立法活动中，人格权始终是他们在构建民法权利体系时要关注的重要内容之一，尽管其间对于人格权的立法存在着不同的体系和模式，但是，把它作为民法体系中的一个重要组成部分，并且逐步加以完善，乃他们一个共同的特点。因此，历史发展到今天，人格权法作为民法体系中一个重要的组成部分，人格权与物权、债权、亲权、继承权，共同构成民法一个完整的权利体系，已成为各国民法发展的共同趋势。

二、人格权法是否应在民法中独立成编

在中国民法典的编纂过程中，围绕人格权法是否应在民法中独立成编问题，展开过一些争论。大致形成了肯定说和否定说两种针锋相对的意见。

肯定说，即主张人格权在民法中单独设编。其第一条理由是强调人格权的重要性。第二条理由是所谓创新。有学者认为世界上迄今存在的民法典，人格权都是规定在自然人一章，还没有单独设编的，中国民法典单独设立人格权编，就有了自己的特色，有所创新。第三条理由是《民法通则》的成功经验。《民法通则》，专设第五章对民事权利作列举性规定，其中第四节规定人格权，这就为人格权法单独设编提供了立法经验。

驳斥以上三条理由的学者也指出：

（1）人格权关系到人的尊重、人格尊严和人权保护，其重要性并无人否认，但民法典的编排体例，绝不能以重要性为标准。人的尊重、人格尊严和人权保护，属于法典的进步性问题，应当体现在民法典的价值取向、规范目的、基本原则和具体制度上。一项法律制度充分体现了对人的尊重，对人格权和人权的保护，就具有进步性，至于该项制度在民法典上的安排和位置，是作为单独的一编，还是一章，是放在法典的前面还是后面，对其进步性不发生影响。法典结构体例、编章设置、法律制度的编排顺序，应当符合一定的逻辑关系，并照顾到法官适用法律的方便。民法典的编纂体例，应当以逻辑性为标准，使民法规则构成一个有严格逻辑关系的规则体系，以保障裁判的公正性和统一性。

（2）中国民法典要体现中国特色，但问题在于这种创新和特色，一定要符合公认的法理，至少在法理上说得通，有起码的合理性和说服力，否则，就是故意标新立异。民法典是为民事生活制定准则，为市场经济和家庭生活设立行为规则，为法官裁判民事案件设立判断基准，绝

不允许任意性和标新立异！

（3）当年制定《民法通则》时，专设一节规定人格权，并不是出于理性的决定，而是出于不得已，绝不意味着将来制定民法典就一定要单独设立人格权编。《民法通则》之所以在国内外受到好评，是因为《民法通则》规定了比较充分的人格权，而绝不是因为将人格权单设一节。

否定说，即认为人格权不应单独设编的基本理由在于分析人格权的特殊本质。他们提出的理由为：

（1）作为人格权客体的人的生命、身体、健康、自由、姓名、肖像、名誉、隐私等，是人格的载体。因此，人格权与人格相始终，不可须臾分离，人格不消灭，人格权不消灭。世界上的民法典，均将人格权规定在自然人一章，其法理根据正在于此。

（2）人格权与其他民事权利的区别，还在于人格权是存在于主体自身的权利，不是存在于人与人之间的关系上的权利。人格权就像权利能力、行为能力、出生、死亡一样，属于主体自身的事项。人格权只在受侵害时才涉及与他人的关系，但这种关系属于侵权责任关系，属于债权关系。这也是人格权不应单独设编而与物权、债权、亲属、继承并立的法理根据。

（3）人格权与其他民事权利的区别还在于，其他民事权利均可以根据权利人自己的意思，依法律行为而取得，均可以根据自己的意思，依法律行为而处分，而人格权因出生而当然发生，因死亡而当然消灭，其取得、发生与人的意思、行为无关，且人格权原则上不能处分，不能转让、赠与、抵消、抛弃。因此，民法总则的法律行为、代理、时效、期间、期日等制度，不能适用于人格权。人格权单独设编，混淆了人格权与其他民事权利的区别，破坏了民法典内部的逻辑关系。相对于总则编而言，其余各编均属于分则，总则编的内容理所当然地应适用于其余各编。而总则编的法律行为、代理、诉讼时效、期日、期间等制度，是无法适用于人格权编的，其总则的作用和性质会因此而变得不伦不类，

从而破坏了法典的整体性和内在逻辑性。

（4）世界上的民法典和民法典草案，关于人格权的规定的有三种模式：一是规定在侵权行为法之中，如1896年的德国民法典、1896年的日本民法典、1881年的瑞士旧债务法等；二是规定在总则编或人法编的自然人一章，如1955年的法国民法典草案；三是在总则编或人法编的自然人一章规定人格权，同时在侵权行为法中规定侵害人格权的后果，如1959年的德国民法典修正草案。没有将人格权单独设编，其理论根据在于人格权的特殊本质，在于人格权与其他民事权利的差异。因此，我们没有理由和必要偏要反其道而行之。

从目前的情况看，持肯定说的逐渐占据了上风，2002年12月提交给全国人大常委会的官方草案就接受了肯定说的观点。一些学者也连续地发表文章和出版著作为人格权法独立成编摇旗呐喊。注

究竟如何看待这个问题，中国未来民法和人格权法的立法究竟会以何面目出现？哪种模式更能适合中国的法治和社会现状？作者欲在此谈谈自己的一些粗浅的看法。

关于这个问题我不想再讲太多，只想谈三个问题。

（一）人格权制度是否只能包含在民法总则编中？

民法总则是适用于民法各个部分的基本规则，它统领整个民事立法，并为民法各个部分共同适用的基本规则。它规定的是各种权利关系的通则。其中权利主体制度是民法总则的重要组成部分。人们往往认为，人格权是存在于主体自身的权利，不是存在于人与人之间的关系上的权利，意即没有民事主体自身的存在，人格权也就不存在了。但笔者对于民事主体和人格权关系的理解，却正好相反。笔者认为，权利主体是一个法律概念，其包括自然人、法人和合伙等。根据民事主体的一般原理，民事主体在法律的范围内可以独立自主地进行各项民事活动，不

受他人的干涉和限制。这恰恰就是人类设计民事主体制度所要达到的根本目的，即通过确立民事主体所享有的平等的权利，来实现民事主体的独立的人格，从而，从根本上否定自然人对于封建领主的人身依附关系，以确保社会大生产所需要的大量的廉价的和可以自由地出卖自己的劳动力的自然人，同时也确保法人组织能够根据自己的意志从事各种经济活动，从中获取最大的利益。而确立这种民事主体制度的理论前提便是所谓的人格和人格权平等的概念及理念，因为，如果没有人格和人格权平等的理念，民事主体所具有的独立和平等的特征，也就无从谈起。这也就是早在古罗马时代就会出现人格概念的主要原因，因为，只要有商品经济的存在，就需要有相配套的能够反映商品经济特征的理念及制度与之相适应和适用，而古罗马时代出现的人格理念中所体现出来的自由权、市民权等观念，则恰恰是商品经济发展所需要的理念。在只存在着简单的商品经济的古罗马社会就已经确立起来的人格概念，当然会被渴望建立社会化大生产方式的资产阶级所接受和青睐，这也就是16、17世纪以来西方社会兴起所谓文艺复兴和罗马法复兴运动的更为深层次的原因。也正是这种对建立社会化大生产方式的强烈地渴望，才促使代表新的社会生产力发展方向的学者们提出了近代民法理论体系，而作为这个体系中最重要一环的民事主体制度，则恰恰是古罗马时代人格概念和制度的发展与完善。因此，人格和人格权理念与制度应当是近现代民事主体法律概念和制度建立的前提和基础，而没有民事主体的法律概念的确立，也就不会衍生出所谓的民事权利能力和民事行为能力制度。因此，人格和人格权理念与制度的确立是民事主体概念与制度建立的充分必要条件。也就是说，没有人格和人格权概念和制度的提出与确立，也就没有所谓的民事主体概念与制度的出现与确立。从这个角度来说，人格和人格权的概念和理念的出现与建立，要远远早于民事主体制度上千年的时间，因此，对于民事主体和人格权之间的关系，笔者认为，决不是所谓的没有民事主体自身的存在，人格权也就不存在了，这只是二者所表现出来的表面的现象而已，而若从历史的发展和其内部深层的关系的角度看，二者的关系恰恰相反，即：如果没有人格权的观念作为前

提，就不会有所谓民事主体概念和制度的出现与确立。因此，笔者认为，人格权制度本不应隶属于民事主体制度，而应有着其更为重要的和独立的地位，它完全可以脱离民法总则的范畴而独立成编，成为一个独立的民事制度。而且这个制度是应当排在物权、债权等其他权利制度之前的。甚至应当排在民事主体制度之前。这可能也就是为什么《魁北克民法典》将“某些人格权”列在“涉及人的身份的某些要素”和“人的行为能力”之前的主要原因。

因此，笔者完全赞成人格权法独立成编，并且排在民法总则之后，其他分则之前。

（二）侵权责任编与人格权编同时规定在一部民法中，它们之间会发生不可调和的矛盾吗？

有人担心如果将人格权法独立成编，会和侵权责任法的内容重复甚至冲突，因为，人格权法与侵权责任法一样都属于权利法，而且都涉及到权利的保护问题，只要一涉及人格权的保护，就会与侵权责任法的内容相重复。但是，笔者认为，人格权法在规定的权利行使的具体规则上，没有物权法和债权法那样复杂，其本质上应当属于权利宣言法的性质，它的作用不在于规定权利保护制度和方法，而在于对人格权的概念、特征、种类和具体内容的规定，而这些内容如果列在侵权责任法中是不合适的，因为，那样会使得侵权责任法体系显得杂乱无章，从而失去其所具有的权利保护法和裁判法的属性。因此，人格权法仅规定人格权的概念、种类和具体内容，而不涉及权利的保护问题，将人格权的保护问题放在侵权责任法中加以规定，这样就可以避免二法在内容和体系上的重复和冲突。同时应当指出的是，如果没有人格权法对于人格权概念、种类和具体内容的规定，侵权责任法中的人格权的保护制度也就失去了存在的基础。因此，二者应属于相辅相成的关系，而不是矛盾、冲突的关系。中国的《民法通则》实际上就是这样做的：把民事权利的种

类和具体内容放在第五章“民事权利”中规定，而将权利保护原则、具体规则和承担责任的方式等内容放在第六章“民事责任”中规定，这样做就可以达到避免与人格权法的重复与冲突。因此，那种担心如果将人格权法独立成编，会和侵权责任法的内容重复甚至冲突的担心是没有必要的，立法者会妥善地处理好这个问题。

（三）人格权法体系有统一的、放之四海而皆准的模式吗？

从前面介绍的世界各国有关人格权法的立法情况看，到目前为止，尚没有形成一个比较统一的体系或模式。有的放在债务关系编中（如德国）；有的放在总则编中（如俄罗斯）；有的放在人与家庭编中（如意大利）；有的则独立成编（如加拿大魁北克省）；有的以单行法的形式分别加以规定（如英国、美国）；有的只是原则性规定，有的则以列举的方式规定，有的只有具体人格权的规定，而无一般性规定；等等。可见，一个统一的、放之四海而皆准的人格权法立法体系或模式是不存在的。因此，中国要搞独立的人格权法就不必要去担心会破坏或违背什么模式、什么原理、什么原则、什么惯例，只要符合中国的情况，符合中国人的心理和文化习惯，就可以，完全没有必要去模仿或照抄他人的东西。只有民族的才是世界的，不要去迷信什么“趋势”、“模式”“惯例”，那些都是束缚你手脚的羁绊，是那些别有用心的、有话语权的人制造出来的绳套。所谓“惯例”说到底是某些强者为了充分维护或体现自己的利益或思想，通过灌输或者一些表面上看来“合法”、“公平”的过程，让那些弱者被动地或者不知不觉，甚至是“主动”地、带有崇拜心理地去承认或接纳的那些强者所定下的规则。对于这些“规则”弱者们应当抱定这样一种态度，即：你既然是强者，规则又是你定的，我们在实力上暂时无法与你抗衡，我们只能暂时地接受；但是，我们首先默默地要把它研究透，然后努力找出它的缺漏，再思考如何利用这些缺漏为我们自己找回

一些应当属于我们自己的利益和机会。这才是弱者对于强者应当持有的态度，而不是一味地推崇它、吹嘘他、炫耀它，甚至为了显示自己的高级、水平超群而去恭维、吹嘘它，甚至有意地去夸大它的内容、作用和意义，而去做一些花架子的、毫无价值的无用功，法学研究尤其如此，因为，法学属于实用科学，研究法学的目的是为了自己国家社会经济发展的需要，而不是为了去迎合某些人或团体、国家的意志或好恶；收集和介绍别人的成果和东西的目的，是要为我所用，要用这些资料去证明自己的观点，并且要去进一步发现问题，从中整理、归纳出能够为我所用的东西、经验和教训。向别人学习的目的，是要超越别人，而不是要跟在别人后面亦步亦趋。这才是我们研究的目的和归宿！

三、人格权的商品化问题

人格权商品化问题说到底还是一个人格权与财产权（经济利益）的关系问题。从人格权的发展历程看，其经历了一个从混同到分离，从分离到融合的发展过程。[注]在这个过程中，逐渐形成了一系列新型的带有财产色彩的人格权，例如，隐私权、姓名权、肖像权、公开权等等。这些新型的人格权都可以通过行使或者转让、许可而获得一定的经济利益。

（一）隐私权

关于隐私权是否是一种财产性人格权的问题，是存在着争论的。在现代社会中，由隐私权衍生出来许多新型人格权类型。其中可以包括：

1.个人信息权

是指个人对其信息资料的占有、使用、处分和收益的权利。其包括个人在银行、保险公司里的财产信息；个人的纳税记录；医院里的个人健康、医疗档案；作为夫妻财产的学位和职业培训的等等。这些信息本身所携带的和潜在的巨大的商业价值，已经成为个人财产的重要组成部分。例如，个人购房贷款时，个人信用资料对于贷款的数额及期限有着直接的联系及影响；办理出国商务和旅游签证手续时，需要向目的国领使馆提供个人收入、个人纳税、个人学历、和个人在银行中存款等个人信息，而这些信息直接关系到个人能否得到目的国签发的入境签证；等。因此，个人信息权是个人社会经济中十分重要的一项人格权，其本身所含有的特定的经济价值是不可忽视的。

2.自然人形象权

有的学者还提出了自然人形象权，包括真人的形象、虚构人的形象、创造出的人和动物的形象、人体形象等，[注]这些形象如被付诸商业性的使用，必将给个人带来经济利益。例如，影视明星所做的商业性的广告，就是利用了明星的形象作为宣传产品的载体，这些明星将自己特定的形象权授予他人以利用本人人格标识而为某种商品的销售做形象广告而获得经济利益。前美国职业篮球（NBA）明星Michael Jordan以其自己专属品牌的球鞋，和以其为主角或代言人的大量录像带、古龙水、内衣裤等，获得了巨大的经济利益。这就是典型的利用自然人的形象宣传而获取经济利益的典型案例。

（二）公开权

公开权（right of publicity）是美国创设出的独具一格的从隐私权中衍生出一种新型人格权，它是每一个人对其产生或购买来的公开价值进行控制并从中获取利益的权利。对隐私公开从而商业化使用的权利。其

不仅包括禁止未经本人允许商业性使用其人格标识的消极性权利，也包括授予他人以利用本人人格标识的排他性权利的积极性权利。它以保护自然人姓名、肖像、声音等人格标识的商业价值，并允许继承和转让，此与隐私权不同。隐私权是不可以转让的，其具有专有性和独占性。而公开权从本质上说，是放弃隐私而获得报酬的权利。注

（三）肖像权和姓名权

当今社会，人格权人通过将自己的姓名、肖像的使用权转让或给他人行使的方式获取经济利益。如已故美国著名女影星玛丽莲·梦露将其死后的名字和形象的使用权给了他的指导老师李·斯特拉斯伯格，斯特拉斯伯格的遗孀目前仍拥有梦露形象所有权，她已委托CMG公司将梦露形象的商业使用权出售给了包括通用汽车在内的多家大公司，他们对于梦露的形象仍然拥有商业使用权。谁若欲将梦露的形象用于商业用途，必须获得CMG公司的同意，并且CMG公司有因此而获取报酬的权利。

（四）死者人格权

传统民法理论是否认死者的人格权的，认为，人的权利能力（人格）始于出生，终于死亡，作为依附于人身的人格权利自然也始于出生终于死亡。但是，他人对死者的侮辱、贬损等毁损名誉的行为，死者的近亲属（继承人）可以向法院提出侵权诉讼，要求保护死者的名誉，维护死者的利益。但此时死者的遗属对死者的名誉不能享有名誉权，而只是可以要求保护死者的名誉。注随着人的死亡，其人格权中的精神利益也随之消亡，但是，其人格权中的某些经济利益仍要存在一段时间，并且这种利益可以由其继承人继承。例如，人的姓名、肖像、声音等人格标识的商业利用权就是一种可以继承的权利，继承人可以阻止他人未经

同意利用此权利获取不当得利。注

可见，人格权是具有一定财产性的，这种财产性主要表现为一种经济利益，而这种经济利益是可以转让和继承的。因而，我们在人格权的立法中应当反映这种现象，并且藉以完善我们的人格权立法。

四、中国人格权类型及其人格权法的体系结构

（一）中国人格权类型框架

在笔者所能接触到的有关研究人格权的文章和学术专著中，许多学者就人格权的主要类型进行了划分和排列。据笔者总结，一般将人格权划分为四大类：

第一类：生命权、健康权、身体权

第二类：姓名权、名称权、肖像权

第三类：名誉权、荣誉权、信用权

第四类：自由权、隐私权及其他人格权

第一类又可包括具体的义务体系：生命救助义务、禁止家庭暴力、禁止买卖人体器官及其他组织、禁止非法人体试验等。总之，生命权为法律保护的最高的人格权益。

第二类中的姓名权可以包括：别名、笔名、艺名、网名的保护，姓名设定、变更、使用的保护，姓名的转让规制等。名称权可以具体包括：禁止盗用和假冒名称权、名称登记、名称转让、名称的许可使用、

名称的继承等内容。肖像权包括：肖像制作、肖像使用、人体模特肖像权、集体肖像权、公共场所肖像权等内容。

第三类中的名誉权包括：名誉权的内容、名誉权的保护等内容。荣誉权包括：荣誉的精神利益和荣誉的物质利益。信用权包括：征信制度、信用评估，等。

第四类中的自由权包括：身体自由、意思决定自由、精神自由、创造自由、性自主权等。隐私权包括：私人信息、私人活动、私人空间、私生活安宁、通讯自由和通讯秘密、个人资料收集、个人资料保护、身体隐私、特殊职业的保密义务等等。其他人格权包括：休息权、禁止性骚扰权、胎儿人格利益的保护、死者人格利益的保护等。

以上内容基本构成中国人格权类型框架，同时，也构成了中国人格权法的主体结构。

（二）中国人格权法的体系结构

中国人格权立法应当与物权法、侵权责任法等同样引起社会和学界及立法界的重视。因为，人格权制度是民法中的一个新的领域，代表着民法发展的方向。加强和完善人格权制度，乃是现代民法重要的发展趋势。[注]通过上述论述，笔者试将中国人格权法的体系结构概括如下：

第一章 一般规定

人格权定义

一般人格权界定

具体人格权范围

人格权的发生

人格权的消灭

人格权的效力

人格权请求权

人格权行使的限制

人格权特殊主体的保护

第二章 生命权及其相关权利

生命权定义

生命权的法律地位

生命的救助

健康权定义

身体权定义

人体器官以及其他组织的买卖

遗体、体液和器官的捐献

人体试验准则

第三章 姓名及名称权

姓名权的定义

姓名权的范围

姓名的设定

姓名的变更

姓名的转让

姓名的使用

名称权的定义

名称权的盗用和假冒

名称的登记、转让

名称的许可使用

名称的继承

第四章 肖像权

肖像权定义

肖像制作

肖像的使用

集体肖像权

公共场所的肖像权

肖像权的特殊保护

第五章 名誉权、荣誉权、信用权

自然人的名誉权

名誉权的内容

名誉权的保护

荣誉权的定义

荣誉权的获得

荣誉权的剥夺

荣誉的物质利益

信用权定义

损害信用权情形

征信制度

信用评估

第六章 自由权

身体自由权

意思决定权

精神自由权

创造自由权

性自主权

婚姻自主权

第七章 隐私权

隐私权定义

隐私权范围

私人信息的保护

私人活动的保护

私人空间的保护

私人生活安宁的保护

通讯自由和通讯秘密的保护

个人资料的收集与保护

身体隐私的保护

互联网中的隐私保护

第八章 其他人格权

婚姻自主权的保护

休息权

禁止性骚扰

胎儿利益的保护

死者人格利益的保护

第九章 附则

（原载于《法学论坛》2009年第6期）

---

1. 徐国栋：“寻找丢失的人格”，载《法律科学》2004年第6期。
2. 参见王利明著：《我国民法典重大疑难问题之研究》，法律出版社2006年7月第1版，第195—196页。
3. 如王利明教授连续主编或单独出版了《我国民法典重大疑难问题之研究》、《民法典·人格权法重大疑难问题研究》等著作，为人格权法独立成编提供理论依据。王利明教授主持的民法典草案建议稿也讲人格权作为独立的一编（第二编），列入民法典中。
4. 具体分析内容可参看马特：“人格权与财产权关系考”，载王利明主编：《民法典·人格权法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2007年1月第1版，第179—183页。
5. 参见郑成思：《知识产权法》，法律出版社1997年版，第32—33页。
6. 参见马特：“人格权与财产权关系考”，载王利明主编：《民法典·人格权法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2007年1月第1版，第188页。
7. 王利明、杨立新、姚辉编著：《人格权法》，法律出版社1997年6月版，第136页。

8. 参见钟鸣："论人格权及其经济利益"，载王利明主编：《民法典·人格权法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2007年1月第1版，第207—209页。

9. 王利明："论人格权的新发展"，载王利明主编：《民法典·人格权法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2007年1月第1版，第36页。

浅谈我国产权确认制度

所谓产权，就是则产所有权的简称。所有权，是指在法律限制的范围内对所有物进行全面支配的物权。换句话说，所有权是指在法律规定的范围内自由支配标的物并排除他人十涉的权利。它具有全面性、整体性、弹力性和恒久性，是最典型、最完全的物权。按照民法理论，以所有权的标的为标准将所有权分为不动产所有权和动产所有权，然后在此基础上再做细分。这与我国现行法对所有权的分类是完全不同的。包括《民法通则》在内的我国现行民事法律，以所有权的主体作为标准，将所有权区分为国家所有权、集体所有权和公民个人所有权。这种所有权分类，是为反映生产资料所有制的性质，更多具有政治意义，而不是法学概念。民法中所有权的卞体，无论是国家、集体还是个人，其所有权的性质都相同，并目其保护的乎段也无任何差别。这种民法的基本原则一平等原则的要求，也是物权法中合法财产一体保护的原则的要求。

有鉴于此，在我国未来的物权法中，应当摒弃我国现行的有关对所有权的区分的理论和实践，而完全依民法理论为基础，建立一整套既符合国际民法理论，又具有我国特色的所有权制度。

首先，对所有权下一个明确的定义。

我国《民法通则》以列举的方式，具体列举所有人使用、收益和处分等诸项权利，即所有权的各项权能，属于典型的具体列举主义。但它有着以下儿个缺点：（1）混淆了所有权本身与所有权的权能或作用。占有、使用、收益和处分，是所有权的权能或作用，所有权不是以上诸项权能的简单相加，而是对物支配的排他性权利。所有权的权能包括积极权能和消极权能。占有、使用、收益和处分，属所有权的积极权能。

所谓占有，指对物的实际支配或持有。所谓使用，指依物的通常使用方法，以供生活上需要而对物进行的利用。所谓收益，指收取所有物的天然孳息（如种植树木收取果实）及法定孳息（如出租房屋收取租金）。所谓处分，包括事实处分和法律处分。前者如食用稻米、蔬菜，后者如买卖行为。排除他人干涉，为所有权的消极权能。此一权能得对任何人主张，可对抗对所有权的所有的不正当的侵夺、妨害或干扰。可见，占有、使用、收益、处分只不过是所有权的功能、作用或构成成分，并不能解释所有权本身的性质。（2）若按具体列举卞义定义所有权，占有等应属所有权中不可或缺的必备要素，这将无法解释当所有权上设有用益物权或担保物权时，所有人虽不具有占有、使用、收益或处分权能，但其所有权并不丧失。因此，我国物权法对所有权的定义，不应采取具体列举卞义，而应借鉴德国、瑞士、奥地利等国民法典所采之抽象概括主义。

其次，采取具体分列的方式，将各类则产的所有权分别确定之。

根据我国目前实际情况，我国物权法应建立起以下七类则产的所有权制度：

1.依据我国宪法对于矿藏等自然资源以列举方式确认为国家所有的立法体例，将矿产资源明确规定为属于国家所有。我国物权法也应明确规定：矿产资源，属于国家所有，而矿产资源的开发和经营，则依照有关法律特别规定之。

2.借鉴法国、瑞士、墨西哥等国民法典的有关公共物的概念，确立具有我国特色的公有物和公用物制度。依照法理，法律上所谓不融通物包括二类，即：公有物、公用物和禁止物，这二种物不得流通，私人也不得通过时效取得它们的所有权。不属于私人所有的则产的是公共财产，或叫公共物。它包括：政府管理的道路、公路、街道，可以航行的河道、海岸、海滩、港口、海港、旋泊场以及一切无主或无继承人的则产，或继承人放弃继承的则产等，无论是公共物、公用物或者是公共财产都应归国家所有，属国有则产的范畴，任何公民或社会团体、法人组

织均不得据为己有，否则，将受到法律的制裁。因此，我认为，为了解决我国因产权制度不健全而导致的产权归属不清，国有则产大量流失和遭受大面积破坏的严重局面，我国物权法应专列“公有物和公共物”条目，除明确一者的概念外，还将公有物和公共物明文规定为国家所有，不得转让，不得作为取得时效的客体；并目采用列举方式，将国有财产一一列举出来。这样不仅使法律易于操作，并目还可成为其他相关法律的立法依据，为进一步完善我国的产权制度奠定基础。

3.依据我国宪法第10条有关我国土地制度的规定，对国有土地所有权和集体土地所有权予以分别规定之。（1）对于国有土地所有权，首先，依据宪法第10条和土地管理法第8条，对国有土地所有权予以确认；其次，规定国有土地所有权由谁行使。并且，根据我国现在国有土地的实际使用情况，可将国有土地依其用途划分为国有建设用地和国有农业用地，前者主要是指城市的土地，后者则是指农村和城市郊区的农业用地。这是以使用目的所作的分类，也是国家对国有土地进行分类管理的基础。国家为国有土地的所有人，但为了土地的开发和利用，国家有必要通过设立用益物权的方式，使公民和法人取得对国有土地的使用权。（2）对于集体土地所有权，首先，确定它的基本含义和法律地位，其次，规定其所有权由谁行使。我国实行土地的公有制，包括土地的国家所有和土地的集体所有两种所有制形式。但是，在具体规定土地所有权形式时，却有很大不同。国家是一个单一的组织体，是一个特殊法人，因此国有土地所有权主体就是作为特殊法人的国家，它的所有权的行使，可规定为一个具体的国家机关，如国务院。而我国目前并不存在一个“农民集体”或“农村集体”的组织体，因此，集体所有土地的所有权主体和行使权利的主体的规定就成为难题，可参考民法上的“总有”理论，将集体土地所有权主体，规定为“属当地全体居民共同所有”，其权利的行使机关，可规定为“由所有人选定的机关依法行使”。这个机关，可以是村民委员会，也可以是乡、镇人民政府，但究竟由哪个机关行使，得由当地全体居民共同通过或由代表大会选定。

4.根据我国现阶段建筑业和房地产业的发展状况，借鉴外国立法体

例，建立我国的建筑物区分所有权制度。所谓建筑物区分所有权，是指数人区分一建筑物而各专有其一部，就专有部分有单独所有权，并就该建筑物及其附属物的共同部分，除另有约定外，按其专有部分比例共有的建筑物所有权。建筑物区分所有权，为近现代各国物权法上一项重要的不动产权利，各国大多以物权法方式设立明文规定，但关于它的名称各有不同。德国和奥地利称为“住宅所有权”，美国称为“公寓所有权”，瑞士称为“楼层所有权”，日本则称为“区分所有权”。综合各国对“建筑物区分所有权”的不同称法，我以为我国物权法用日本的“区分所有权”之称比较合适，这主义是从其对基本概念的理解，以及为了避免与其他所有权混淆。

按照各国建筑物区分所有权法及实务，建筑物区分所有权为一种复合性的权利，主要包括专有部分所有权、公用部分所有权两个部分。于专有部分上成立的所有权，为专有部分所有权；于公用部分上成立的所有权，为公用部分所有权。所谓专有部分，是指构造上能够明确区分，具有排他性目可独立使用的作为区分所有权之标的的建筑物部分，如可供一家独立居住的套房（或称独门独户的整套居室）。公用部分，指专有部分以外的其他部分，及不属于专有部分的附属建筑物，而供作共同使用的建筑物部分，如高层公寓的公共电梯、通道等等。简而言之，数人区分一建筑物而各有其专有部分，并就共用部分按其应有部分享有所有权的，即是建筑物区分所有权。

5.进一步完善我国的不动产相邻制度。我国有关不动产相邻制度，初步建立于20世纪80年代中期，其标志即1986年4月12日通过的《民法通则》。《民法通则》第83条对不动产相邻制度作了原则的规定，这是我国不动产相邻制度的雏形。而经过十几年的发展，我国的社会已发展成为一个工商业比较发达的现代化社会，工农业生产及商业活动日新月异、蒸蒸日上，尤其是工业生产的发展和工业种类的繁多，对社会构成的威胁也越来越明显，并且已成为阻碍社会发展的重要因素。如炼钢、化学等工业均能发生危险而贻害他人；又如电信、交通、电气事业等也会对邻人的权利造成损害。对此，若不使妨害者负防范及赔偿义务，势

必会使相邻人不动产之安全遭受危险。有鉴于此，我国物权法有必要设专节，以确立具有我国特色的不动产相邻制度。其主要内容应包括：（1）关于自然流水、蓄水、疏水、人工排水、自由用水以及河堰的所有人与使用人（利用人）间的关系；（2）管线安设、开设公路（道路）等施工中邻地土地所有人、使用人与施工人间的关系；（3）不可称量物（煤气、蒸汽、热气、臭气、烟气、无线电波、灰屑等物）侵入土地或建筑物时，所有权人或使用人的权利；（4）土地所有权人或使用人挖掘土地或进行建筑时，损害邻地地基或工作危险的预防义务；（5）电信妨害的改善请求权；（6）建筑物、构筑物等倾倒的危险的预防；（7）越界建筑房屋的异议；（8）植物枝根越界的刈除；（9）邻地人的果实取得权；（10）通光与采光的保护；（11）关于相邻关系规定的准用等。

6.建立完整的动产所有权制度。与不动产所有权相对应的动产所有权，一般包括善意取得、先占、拾得遗失物、发现埋藏物及添附等。我国现行《民法通则》中，关于动产所有权的内容仅第79条，即发现埋藏物和拾得遗失物的规定，和从反面（恶意占有）肯定善意占有存在的第58条第4款的规定；另外，最高人民法院“关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见”第89条和最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发出的《关于没收和处理赃款赃物若十暂行规定》第6项都体现了善意取得的精神和对善意占有人的承认和保护。我国90年代以来颁布的有关法律对善意取得等制度也作出了规定。如《拍卖法》第58条和《票据法》第12条都从反面（恶意取得）规定了恶意取得人所应负的责任，从而确认了善意取得制度。

那么，作为统一的物权法，应在所有权中设专节对上述的善意取得等5项动产所有权法律制度予以明确而具体的规定。如在“拾得遗失物”一目中，应分别对拾得行为，拾得人的通知，报告，保存机关的公告义务，返还，在住宅、交通工具与公共场所中的遗失物，拾得人的保管义务，遗失物的拍卖与变卖，拾得人的费用补偿请求权，拾得人的报酬请求权，拾得人的留置权，遗失物的取得权，拾得人的权利的丧失等

均作出明确、具体的规定，从而建立起一套完整的具有我国特色的动产所有权制度。

7.进一步完善共有制度。我国《民法通则》第78条确认了共有分为按份共有与共同共有两种形式，但是，对于共有的具体制度，我国法律体系中尚无统一之规范。它只是分散地体现在一些具体的法律规范中，如《民法通则》第29条和第32条第2款有关个体工商户和农村承包经营户的债务的承担责任及合伙经营积累的则产所有权的归属的规定，以及《婚姻法》第13条有关夫妻共有则产的规定等。按照民法原理，共有制度应主要包括以下内容：（1）共有人的使用收益权；（2）共有物的管理及费用的承担；（3）共有份额和共有物的处分；（4）按份共有的外部关系；（5）共有物分割权及分割方法、效力；（6）共有物证书的保存与使用；（7）共同共有的效力、外部关系及解除；（8）基于共有的请求权；（9）准共有等。我国物权法中应在所有权一章中设专节对共有制度的上述内容予以详细的规定，以完善我国的所有权共有制度。

（原载于《法学杂志》2001年第6期）

关于我国物权法中是否规定空间权的思考——兼评《物权法（草案）》中关于空间权的规定

正在紧锣密鼓地制定中的《中华人民共和国物权法》已经逐渐成为社会关注的焦点。其中对于是否在用益物权一章中设关于空间权专节问题，又是立法界和学界关注的焦点之一。对此，我想谈一些不成熟的看法。

一、从土地空间利用的发展历程谈空间权产生的背景

空间权制度的产生是伴随着世界范围内科学技术的发展而产生的。自古以来，土地一直是人类赖以生存的基本生活载体，它作为一种维系人类生存的自然资源和社会财富，历来受到人类的高度重视，甚至无尚崇敬。对土地的拥有的数量的多寡一度被看作衡量个人财富多寡的一个重要标准。从罗马法以来直至近代，人类对土地的利用一般都是以土地地表平面利用为主，对土地所有权的行使一般也仅及于土地的上下。但是，19世纪工业革命以后，随着人类人口的急速膨胀和自然资源的日趋稀缺，以立体方式利用土地，不仅成为可能，而且逐渐成为世界上土地

利用方式的基本趋势。地下商城、地铁、空中花园等现代化建筑、设施的不断出现，使得土地的利用方式已经从平面发展到立体，而这种趋势正在不断地在现代化城市的建设中显现出来。譬如，在加拿大的多仑多市，拥有世界上最发达的地下空间。多仑多的第一段地下路建于1900年，当时建造它的目的是把一家百货店和折扣店用这条地下通道连系起来，以利通行方便。其作用就是一条地下通道。但是发展到20世纪70年代，市政府正式立项，把这些已经建成的零碎的地下商城贯通了起来。现在多仑多的地下通道的全长已经达到27公里，成为吉尼斯世界记录中全球最长的地下通道和商场。在北京，“地下城热”已经成为一个热点问题，引发了大家对于北京地下空间利用的讨论。[注]国务院于不久前正式批复的《北京城市总体规划（2004年—2020年）》对建设北京现代化地下空间体系做出了详细的规划。另外，随着环保事业和建筑业的迅速发展，空中栽培、空中花园等以高层建筑顶层空间为载体的现代化的科学技术也在世界和我国各大城市中不断得到重视和发展。

随着这些新技术的推广和普及，传统的土地利用方式和制度已经受到了极大冲击，于是，土地空间法律制度在世界各国相继建立，土地立法也从“平面的土地立法”向“立体的土地立法”转变。首先在这方面开展立法工作的是美国和德国。美国法虽属英美法系，但其传统的财产法制却继承了罗马法，认为土地所有权的范围“上达天宇”、“下及地心”，而且不承认土地上建筑物为单一的独立不动产。然而，到19世纪末20世纪初，在飞机发明之后，美国法律界不得不承认，在保护土地所有权人的合法权益的同时，在不妨害土地所有人的限度内，飞机等飞行器有在他人土地上空飞行的权利。这样，原来的所谓“上达天宇”、“下及地心”的法律原则被打破。该土地所有权的有限性原则的确立，为以后美国大规模的城市土地的立体开发运动奠定了法律基础。进入20世纪20年代以后，由于城市人口的急剧增加，美国进入了一个前所未有的城市土地的立体开发与利用时期。这时，出现了“空间权”（Air Space Rights）和“开发权”（Development Rights）的概念。美国的第一部关于空间权的立法是1927年伊利诺斯州制定的《关于街道上空空间让与与租赁的法律》。

1958年，美国议会作出州际高速道路的上空与下空空间可以作为停车场使用的决定，空间权的概念由此被广泛传播开来。1970年，美国政府倡议各州使用“空间权”这一名称来制定自己的空间权法律制度。1973年，俄可拉马州率先公布了《俄可拉马州空间法》。该法规定，空间权是一种不动产，可以成为所有、让渡、租赁、担保及继承的标的，并且在课税及征收上与一般不动产依从此，开创了美国现代空间权立法的先河。德国有关空间权的最早立法是见于《德国民法典》第1012条，该条规定：“土地得以此种方式（地上权方式）其他权利，使因设定权利而享受利益的人，享有在土地、地上或地下设置工作物的可转让或可继承的权利”。这里的空间权制度的实质只不过是地上权制度而已。为了进一步规范空间权制度，解决在实践中发生的纠纷，1919年德国又颁布了《关于地上权的命令》，该命令建立起了德国空间权的基本制度。日本1898年颁布的民法典中尚未有空间权的法律制度。直至20世纪50年代，随着土地问题的日益尖锐，城市土地的利用方式开始由原来的平面利用向立体利用转变，空间权的立法问题才终于被提上了议事日程。1966年，在对美国空间权制度研究的基础上，结合本国特点，对民法典作了局部修正，将空间权的条款附加在“地上权”一章的最后一个条款，即第269条之后，成为该条的一部分规定：“（一）地下或空间，因定上下范围及有工作物，可以以之作为地上权的标的。于此情形，为行使地上权，可以以设定行为为对土地的使用加以限制。（二）前款的地上权，即使在第三人有土地使用或收益情形时，在得到该权利这或者以该权利为标的的权利者全体承诺后，仍可予以设定。于此情形，有土地收益、使用权利者，不得妨碍前款地上权的行使”。颁布于1912年的瑞士民法典，则将有关空间权的内容，规定在“建筑权”项下的第779条，该条第1款规定：“在土地上可设定役权，役权人有权在土地的地上或地下建造或维持建筑物”。实质上这里的所谓的“建筑权”就是指地上权人行使的一种地上权。我国台湾地区民法仅就普通地上权作了规定。民法第832条规定：“称地上权者，谓以在他人土地上有建筑物或其他工作物或竹木为目的而使用其土地之权。”这里的“他人土地上”，包括他人土地的

下层或上空。为了避免对有关法律的大幅度的变动，并解决实践中日益凸显的空间权纠纷，1988年我国台湾地区制定了《大众捷运法》，来确立空间地上权制度。该法第19条规定："大众捷运系统因工程上之必要，得穿越公、私土地之上空或地下，但应择其对土地之所有人、占有人或使用人损害最少之处所及方法为之，并应支付相当之补偿。前项情形，必要时主管机关得就其需要之空间范围协议取得地上权，协议不成时，准征收规定取得之。"在最近的一次民法修改中，为了在民法上确立空间地上权制度，增设了第841条之一条款，规定："地上权得在他人土地上下之一定空间范围内设定之"。

有上述可知，世界范围内的空间权制度的确立，经历了一个发展的过程，它的确立的背景一是世界范围内人类人口的急剧增加和自然资源的日益稀缺，迫使人类不得不变革土地利用方式，即由平面利用方式发展到立体利用方式；二是经济和科学技术的快速发展，使得土地利用方式的变革有了物质和技术的保障，特别是随着飞行业、新型运输业和建筑业等行业的出现和发展，大大加快了城市化规模的进程。在此背景下，作为上层建筑的法律制度，也随之发生了变化，传统民法中的诸如土地所有权的范围"上达天宇"、"下及地心"等原则也受到了冲击，从而出现了所谓空间权、开发权等概念和制度。正如王利明教授所言："在传统民法中，空间权一直属于土地所有权的内容。随着社会工业化的发展，特别是随着现代化土木、建筑技术的进步，使土地的立体利用成为可能。从而使利用与地表相连接的空中和地下的情况日益广泛，空间利用权在现代社会也逐渐成为一项财产权。"[注]

二、我国有关空间权问题的讨论和存在的问题

我国在物权法的制定中，许多学者就空间权的理论问题以及采取何种立法方式的认识上并不一致。对于空间权是否为一项独立的用益物权，学术界一直存在“肯定说”和“否定说”。有学者认为，空间权应视为一项单独的用益物权，因为空间权可以基于土地所有人、使用人的意志，而在特殊情况下与土地所有权和使用权发生分离，而且可以通过登记予以公示。进而把空间权作为用益物权一章中的一个单独种类予以专门和系统的规定。另有学者认为，空间权不是一项单独的用益物权，而是对于一定的空间上所设立的各种空间权利的抽象概括，其具体内容应依其设立的目的而决定。

目前已经正式出版的两个物权法草案建议稿，就空间权制度的设立存在两种不同的方式。以王利明教授为代表的物权法课题组主张应在物权法用益物权的体系中自成章节，专门规定空间利用权制度。其不仅规定了空间利用权的概念、设定、期限、费用以及空间利用权的行使及其限制等，而且还规定了空间利用权的流转方式，包括转让、抵押和出租等。但是，以梁慧星教授为代表的物权法课题组则认为，空间权不是物权法体系中一个新的物权种类，因此，在其主持编纂的《中国物权法草案建议稿》中，并未将空间权进行专章规定，而是将其分解为不同的权利类别，归入“基地使用权”、“农地使用权”、“邻地利用权”中分别规定。这一方案已经得到立法部门的采纳。我国立法部门公布的《物权法草案》中就采纳了这样的立法例。

由此可见，在我国的法学界和立法中，对于我国空间权制度的确立问题上存在着分歧。现在的分歧焦点是：

1、空间权是否是一个单独的用益物权？

2、在我国物权法中应如何规定空间权？

这两个问题的解决，就意味着我国现代空间权制度的确立。

三、我国物权法是否应该设专节规定空间权

在讨论这个问题之前，我们应该先讨论两个问题。一是空间权是否是单独的用益物权；二是我国确立空间权的现实意义。

（一）空间权是单独的用益物权

传统民法将他物权分为用益物权和担保物权。所谓用益物权，是指对他人的物，在一定范围内，加以使用、收益的定限物权。据此定义，可知用益物权具有以下特征：注

1、用益物权为一种定限物权。用益物权人只能在一定范围内，对标的物为占有、使用和收益。

2、用益物权是以使用、收益为目的的定限物权。用益物权是利用标的物的使用价值的权利，用益物权人所支配的，是标的物的使用价值。

3、用益物权原则上须就他人的物而成立，故又称他物权。即用益物权是存在于他人的物上的权利。

4、用益物权的享有和行使以对物有占有关系为前提。用益物权包括占有、使用与收益三项权能。

5、用益物权的客体主要是不动产。

6、用益物权为独立物权。用益物权的权利人对权利的享有不以享有其他财产权为前提。

从以上对于用益物权的定义和特征的叙述中可以看出，用益物权的

核心是：其追求的是物的使用价值，是对标的物为占有、使用和收益的权利。而所谓空间权，即指权利人对地表之上或地表之下的一定空间所享有的权利。这里的权利当然不包括所有权，指的是占有、使用和收益的权利。因为，空间权是与土地所有权和土地使用权联系在一起的。当空间权由土地所有人享有时，土地所有权的范围就包括了地表、地上、地下空间的所有权，这是从土地的上下延伸角度作出的分类。而当空间权为土地使用人或非土地所有人和使用人享有时，权利人对空间的权利就体现为对他人土地的地表上下一定范围空间的支配和利用，这时的权利人并没有享受对土地的所有权，自然也就不能享受对空间的所有权。空间所有权只能是土地所有权的一部分，只能有土地所有人享有。而这种所有权和支配、利用权相分离的情况，在空间权行使中是最主要的方式，而这一特征也正是用益物权的主要特征，其追求的也是空间的使用价值和所带来的经济利益。这也正是一些学者反对成立空间所有权的理由之一。他们认为，如果在一块土地之上形成了由一人对地表的所有权与另一人对地表上下的空间所有权并存的状况，会与一物一权原则发生冲突。但是，当这两种所有权同时为一人所享有时，实际上这两种权利是合二为一的，在法律上并无太大意义。(注)

从以上论述可以断定，空间权属于用益物权的范围，已不成问题。但是，它是否具有独立性，能否成为一项单独的用益物权。我们知道，传统的民法观点认为，对于土地的利用只能是平面的利用，并未考虑到土地的立体运用。随着社会和科技的发展，土地的上下空间已经具有了独立的经济价值，人类可以通过开发地下商城、地铁、空间卫星通讯站等方式来造福人类，并以此获得更大的经济利益。因此，在特定的空间之上，权利人为了获得自己的利益，可以支配并排除他人的干涉，从而设定物权，即直接支配特定物并享受其利益。在民法上，凡是具有独立经济价值并能够排他地支配的物，都可以成为物权的客体。大家知道，像票据、提单、股票、企业债券、国库券等有价证券之所以也能够成为物权的客体，不也是社会经济发展的产物吗？难道就因为传统民法上没有这些特种物的规定，我们就不能将它们列为现代物权法上的客体吗？

所以在土地之上设置空间权是完全可能的，并且在实践中已经被采纳，在此情况下，法律完全可以确认空间权的存在，并且将其作为一项独立的用益物权，以法律保护之。这既是社会经济发展的需要，也是法律制度本身发展的需要。

其实，已经被列为独立的用益物权的土地承包经营权、居住权等，不也是随着社会经济的发展而出现的吗？传统民法上恐怕也找不到它们的影子吧！而这些独立的用益物权也无不以土地所有权为基础和来源。

主张空间权难以单独成立的观点认为，空间权包括在土地所有权和土地使用权之中，如果在土地所有权和土地使用权之外另设空间权，势必严重损害土地所有权人的利益。这种观点不能成立。首先，空间权可以在没有普通土地权存在的情况下单独设立。如，土地所有人单独将自己土地地表之下的地中转移给他人修建地下街，或者将自己土地地表之上空转移给他人修建高架桥，在此情况下，空间权即可于土地所有权之外单独成立，即修建地下街或者修建高架桥的人，可以单独行使对于地下街或高架桥的物权，任何第三人不得侵害修建者或开发者的利益，否则，修建者或开发者有权利单独向侵害者追究民事或行政责任。其次，普通土地权设定的范围一般及于土地的全部，但也可以仅于土地之一部设定之。即一块土地上可以设定若干个空间权。比如，在一块土地上设定一个以高架桥为内容的地上权，再另行设定一个以地下街为内容的地上权。这两个空间权所使用的空间并不重叠，也不发生任何冲突，不仅可以分别设定，还不必经其他空间权人的同意。只是必须申请有关部门勘测限定。现在北京市的地下城的空间利用权的获得就不是以土地所有权或土地利用权为前提的。由此可见，空间权在一定条件下是完全可以单独存在的。也即空间权可以是单独的用益物权。

（二）我国确立空间权的意义

在传统民法中，并不存在独立的空间权的概念。这是因为传统民法

将空间权包括在土地所有权之中，随着社会生产力水平的发展，对空间的开发和利用也日益增多。因为空间权与土地所有权、土地使用权具有密切联系，所以空间权应当受物权法调整，同时空间权可以基于土地所有人、使用人的意志在特殊情况下与土地所有权和使用权发生分离，且可以通过登记予以公示。所以，空间权完全可以成为一项独立的物权（用益物权）。空间权作为不动产财产权的一种，创立空间权具有重要的现实和历史意义。

1、创立空间权为解决土地资源日益缺乏和合理利用土地资源提供法律保障

自19世纪工业革命开始，人类逐步认识到土地对于近现代工业发展的重要性。随着社会生产力水平的发展，尤其是建筑技术和建筑材料技术的发展，对土地的利用由平面为主转向立体利用，因而空间权应运而生，并逐渐成为一项重要的财产权。土地立体开发、利用所获的利润已经远远超过土地平面开发、利用的利润。为保障对土地空间的利用，缓解地表土地不足，确立空间权制度对于现代化社会是十分必要的。

2、法律确认空间权有利于合理开发和利用空间

由于传统民法中没有空间权的概念，从而形成了土地所有权“上达天宇”、“下及地心”的绝对土地所有权。这样就导致了土地权利滥用和土地资源的浪费。造成土地私有的独立性、排他性，使得社会公共利益的矛盾日益激化。一切合理开发空间的活动都将遭到阻挠和破坏。所以，从20世纪20年代开始，各国对土地所有者的土地所有权和土地使用者的使用权进行限制，以达到能够合理开发和利用空间的目的。

3、法律确认空间权，有利于提高空间财产的使用和利用效益

对空间的开发和利用一般包括两个方面：一方面是对地表之上空间的利用。如架设高架桥而疏通城市交通，形成空中走廊或空中大道；利用楼顶上空设置广告牌、通讯塔等。另一方面是对地表以下的空间的利用，如建造地铁、地下街道、地下商场、铺设地下电缆、管道等。因而空间有各自的经济价值。但由于我国现行立法对空间权的利用未做出规定，导致空间资源被大量浪费。如果法律能够从正面对空间权制度做出明确的规定，对于鼓励和保护开发商开发空间资源，提高空间财产的使用和利用效益，会起到积极的促进作用。

4、确认空间权，有利于保护土地所有权人或使用权人所享有的空间权，保障空间权的正当行使

为了使土地所有权人、土地使用权人和第三人所享有的空间权能够不受侵害，必须要赋予其空间权具有物权的效力，从而使其能够有效地对抗第三人，以保障土地所有权人或使用权人正当行使空间权。

5、法律上确认空间权将为不动产登记机关实行空间权的登记提供法律依据

根据物权的设定必须符合一定的公示要件的原则，空间权的利用如果不经过登记机关的登记，就不能进行公示，利用人就不能对其空间享有物权，从而有效地对抗第三人的侵害，利用人对于空间权的享有就不能获得法律的保护。这样对于开发有限的土地空间资源是极为不利的，将严重影响城市的发展。

6、空间权的确认，对于有效地解决实践中遇到的空间权的纠纷十分必要

从20世纪80年代发生的河南郑州发生的所谓“中国空间权争夺第一

案”的黄和平商场房产纠纷案以来，中国司法界已经介入或审理了大量有关空间权纠纷的案件，所谓“小空间引发大争议”问题，已经成为社会关注的焦点。空间利用权的纠纷的解决急需完善的空间权法律制度尽早出台。而物权法的出台恰恰是解决此类纠纷的最好的、最有利的契机，因此，法律上对空间权的确认，对于有效地解决实践中遇到的空间权的纠纷是十分必要的。

7、空间权制度的建立对于完善我国民法体系，健全物权制度有积极的促进作用

空间权制度是现代物权法的重要内容，也是20世纪下半叶以来迅速发展的一项民法制度，现在世界上发达和部分发展中国家都建立起自己的空间权制度，这已经成为一个发展趋势。我国作为一个重要的发展中国家，尽快建立起一整套空间权制度，既是社会发展的需要，也是法律制度发展的需要。

综上所述，我认为，不仅应该在物权法上确立空间权制度，而且，我国物权法还应该设专节规定空间权制度。因为空间权制度已经发展成为一项不可或缺、内容复杂的独立的物权制度。

四、我国物权法中应如何规定空间权制度

（一）空间权的构成体系

空间权的构成体系，是指空间权有哪些权利构成。一般将空间权分为空间所有权、空间利用权两大体系。其中，空间利用权，按照空间利用权的用途可以分为公共空间利用权和个人空间利用权；按照空间利用

权的主题关系可以分为土地所有权人享有的空间利用权、土地使用权人享有的空间利用权和土地使用权人和第三人共有的空间利用权；按照空间利用权的性质为标准可以分为物权性质的空间利用权和债权性质的空间利用权，前者又可以分为空间地上权和空间役权，后者可以分为空间租赁权和空间借贷权。

从理论上讲，空间权虽然由上述一系列的权利种类构成，但是，正如前所述，空间权是一种用益物权，而空间所有权又为土地所有权所包含，当它为土地所有人享有时，它与土地所有权融为一体；当它为土地所有人之外的人享有时，则不能以“空间所有权”称之，因为，空间权毕竟是一种用益物权，如果这样称呼，会从理论上混淆用益物权和所有权的性质。因此，空间权应仅包括“空间利用权”这一种类。而在上述的空间利用权的这些分类中，最主要的则是物权性质的空间利用权和债权性质的空间利用权。其中债权性质的空间利用权完全可以由当事人依合同而设立，它应属于债法的调整范围。而在物权性质的空间利用权中，由于空间役权关系中的大多数可以依据相邻关系和地役权的有关原则处理，因此，各国有关空间权的立法，大多围绕着空间地上权一项展开，有的国家的空间权立法实际上只有“空间地上权”一条之规定，如日本即是如此。

上述分析可知，空间权的构成体系中只有空间利用权尚有物权法上的意义，而其中又以空间地上权为主。所谓空间地上权，是指以在他人土地的空中或地中有建筑物或其他工作物为目的而使用其空间的权利。由此可知，空间地上权应包括地上空间权和地下空间权两类。而这两类权利又可以统称为空间利用权。因此，我们现在所探讨的空间权实际上应该是指空间利用权。

所谓空间利用权，是指公民和法人利用土地地表上下一定范围内的空间，并排斥他人干涉的权利。[注]很显然，它是一种物权，是属于物权法调整的法律关系。而我们所说的空间权制度，也可以称为空间利用权制度。

这里有一个问题需要特别研究。中国民主法制出版社2005年7月出版的由全国人大常委会法制工作委员会民法室编著的《物权法（草案）参考》一书中，在论证我国物权法无须引入空间权问题时，提出了一个理由，即我国土地属于国家集体，当事人只能通过设定建设用地使用权等用益物权的方式取得对土地的使用权。目前，集体土地需要征收为国有后才能出让，而国家在出让建设用地使用权时，已经根据规划对建筑物的四至、高度、建筑面积等做了明确的规定，并依此来确定出让金的多少。因此，建设用地使用权人取得建设用地使用权时，其所享有的空间范围是可以确定的，在我国不存在私有制国家因拥有土地而当然享有该土地上下空间权利的问题。[注]我认为，这个理由是不能成立的。理由有三：

其一，此观点对于空间权理论的理解存在片面性。如前所述，空间权是一个独立的用益物权，是存在于他人的物上的权利，它存在于他人的物的上下空间，分为公共空间利用权和个人空间利用权；土地所有权人享有的空间利用权、土地使用权人享有的空间利用权和土地使用权人和第三人共有的空间利用权；物权性质的空间利用权和债权性质的空间利用权，前者又可以分为空间地上权和空间役权，后者可以分为空间租赁权和空间借贷权。因此，它不仅仅是一个简单的依附于土地所有权的物权，更不是一个仅与建设用地使用权有直接关系的权利，而是一个教为复杂的物权。既然空间权是一个独立的用益物权，其适用的范围不可能仅仅局限于建设用地使用权。

其二，随着社会经济的飞速发展，空间权已经成为现代化城市中一个不可忽视的用益物权。例如，对于地下车库、仓库等地下公共或私人设施，以及地上、高空设施等，仅以地役权或土地使用权概念来理解，是不全面甚至是错误的。很多发生的问题和纠纷必须引入空间权概念才能解决，如前面提到的所谓“中国空间权争夺第一案”的黄和平商场房产纠纷案等。如果没有空间权制度的引入，以后此类案件仍然难以得到合理的解决。

其三，目前我国所施行的建设用地使用权制度，本身就存在着严重的弊端，需要继续改革和发展，如果以现有的城市土地制度为参照物来确定我国的物权制度，那么，该法律的生命力和科学性将会人们的质疑。我们的立法应当注重前瞻性和科学性，不要以就事论事的态度对待严肃的立法工作。

因此，我认为，《物权法（草案）参考》中关于否定我国空间权存在的理由是站不住脚的。

另外，关于调整立体不动产权利人之间关系的法律适用问题，《物权法（草案）参考》认为，可以适用相邻关系的规定。㊟这更是不可能的。众所周知，相邻关系是规定不动产权利人在行使其权利时，特别是在其土地上经营工业和其他生产、生活时，负有注意避免损害相邻不动产的义务的问题的，其所涉及的内容包括：用水、排水、袋地的通行权、土地越界建筑、建筑物等有倾倒危险的预防、建筑物滴水、通风与采光、植物越界的刈除、邻地人的果实取得权等，与空间权的调整范围毫不相干。如果用相邻关系的规定来调整立体不动产权利人之间的关系，就如同用相邻关系来调整建筑物区分所有权关系一样，会出现很多解决不了甚至张冠李戴等不可收拾的情况。因为，空间权的内容要比相邻关系复杂的多，它不仅涉及物权，还涉及债权，其表现的形式也与相邻关系大相径庭。所以，我认为，不能用相邻关系的规定来调整立体不动产权利人之间的关系。必须以专门的规定来规范空间权制度。

（二）我国空间权的立法现状

目前，我国关于空间权方面的专门立法尚属空白，仅存在相关的单行法及一些地方性法规。如1996年10月29日第八届全国人大常委会通过的《中华人民共和国防空法》，上海市人大通过的《上海市民防条例》、《上海市民防工程管理办法》，以及《深圳市地下空间使用条例》和《上海市地下空间开发利用管理办法》。比较专门的行政法规是

建设部于1997年10月27日颁布的《城市地下空间开发利用管理规定》。可见，我国当前地下空间利用的立法还很不完善，立法的滞后无法满足日益发展的开发地下和地上空间的社会需求。因此，尽快构建我国行之有效的空间利用法律体系乃当务之急。

（三）我国空间权法律制度的主要立法形式及其内容

综观世界各国和地区有关空间权的立法例，主要有三种：

一是单独规定《空间法》。美国即是实行这一制度的典型国家。如前所述的1927年伊利诺斯州制定的《关于街道上空空间让与与租赁的法律》、1973年，俄可拉马州率先公布了《俄可拉马州空间法》等即是例证。

二是在民法典有关用益物权的相关章节中规定空间权制度。采此立法例的有德国、日本、瑞士等大陆法系国家。关于此内容前文已有论述，在此不再赘述。

三是以分散立法方式建立空间权制度。如我国台湾地区即是采此立法例。此内容前文也已有所论述，不再赘述。

我认为，这三种立法例，均有其一定的道理和现实意义，可能均符合其本国或本地区的情况。但我国空间权立法应采何种形式，关键还是要结合我国的具体情况而定。我国是一个单一制国家，法律位阶明确，无论从法律理论还是从司法实践来看，制定统一的空间权制度是无庸置疑的，而在《物权法》中确立我国的空间权制度，也已经为法律界所共识。但是，在涉及到具体如何规范空间权制度，即是否在《物权法》中以独立的章节规定空间权制度，及其具体内容等方面仍存在较大分歧（如前所述）。就目前情况来看，似乎否定以独立章节规定空间权制度的观点占据了上风。但我还是支持肯定说，即在《物权法》中要以独立的一节集中地规定空间权制度。理由如下：

1、如前所述，空间利用权是一项独立的财产权和用益物权，完全应该在物权法中占有其独立的一席之地。

2、随着城市化进程的不断发展，土地资源稀缺的问题不断加深，空间开发、利用的工程项目也在不断增加，在此期间所涉及的法律问题也越来越多，并且其复杂程度也越来越高，如果以分散形式将空间权制度分别规定于不同的章节，势必会严重影响对这些问题的解决，不利于司法机关对法律的适用，甚至会降低法律的在处理这类案件时的效率和作用。同时，也容易使得法官在引用相关法条时，对法条的理解生产误解或混淆。

3、如果分散规定空间权的内容，会使得整部物权法的物权体系显得不够完整，特别是用益物权部分缺乏对于地上权的系统性规定，这于世界各国不断重视空间权立法的趋势相背离。有些国家或地区已经不满足于以民法典的形式规定空间权的内容，而是以单行法的形式以更为详细的规范来调整日益复杂的空间权关系。如我国台湾地区即是如此。

4、在物权法中集中地规定空间权制度，有利于提高民众的空间权意识，将一些越来越突出的因空间利用权纠纷得以有效的化解，避免因此而激化社会矛盾，有利于和谐社会的构建。例如，新近出现的“公共空间”的问题，就是一个典型的公共问题，这些问题的解决与空间权意识有着密切的联系。物权法如果以专节规定空间权制度，会使得民众开始重视和了解空间权概念，对于提高全民的现代法律意识具有重要的现实意义。

作为一项用益物权，空间利用权制度应当包括以下内容：

1、空间利用权的设定及期限

其设定方式主要是由当事人依合同设定，但取得空间利用权应当到有关部门办理设立登记事宜。其期限可以由当事人协商确定，但不得超过土地上的用益物权的剩余期限，即土地使用年限。

2、空间利用权的取得

（1）建筑物所有权人享有利用权。

（2）土地使用人、农村土地承包经营权人和宅基地使用权人依法取得空间利用权的，应推定其对地表上下一定范围内的空间享有利用权。

3、空间利用权的限制

（1）空间利用权人在不违反法律规定或当事人约定的情形下，有权对空间加以占有、利用。

（2）空间利用权人行使权利，应当受城市规划、环境保护、交通等法律的限制；

（3）空间利用权的行使，不得影响已经存在的其他用益物权的行使。

4、空间利用权的登记

空间权利用权属于不动产用益物权，其权属确认、变更、消灭应遵从房地产等法律法规关于不动产物权变动的规定。应明确土地使用权吸附空间利用的范围。具体可以规定为：地表的土地使用权已出让或划拨的，并已被批准建设建筑物、附着物的，视为土地使用权人已取得该宗地表以下致建筑物、附着物的最深基础平面以上的地下空间权，以及上致建筑物、附着物的最高平台以下的地上空间权，除此以外的地下地上空间由政府依法出让；地下空间利用人要取得一定的地下空间，必须交纳一定数额的出让金，并进行登记，领取《地下空间利用权证书》。

5、空间利用权的转让、抵押、出租等事宜。

（原载于《河南省政法管理干部学院学报》2005年第6期）

---

1. 参见2005年4月14日《竞报·城周刊》。
2. 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年4月第1版，第639页。
3. 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2003年1月第2版，第260页。
4. 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年4月第1版，第648页。
5. 孙宪忠：《国有土地使用权财产法论》，中国社会科学出版社1993年版，第38—39页。
6. 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《物权法（草案）参考》，中国民主法制出版社2005年7月第1版，第317页。
7. 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《物权法（草案）参考》，中国民主法制出版社2005年7月第1版，第317—318页。

论中国海域使用权的分类及其与其他物权、法律制度的关系

一、中国海域使用权的概念及分类

（一）海域使用权的概念

中国《宪法》第9条规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外”。在本条中，中国《宪法》虽然没有明文规定海域的权属，但是，从立法的精神上看，本条所列举的诸如矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等皆属于自然资源。虽然这里没有明确将海域列举其内，但是，一个“等”字，就等于说明了凡是从性质上属于自然资源的天然物质，当然应当属于该条包括的对象。而海域属于自然资源，是指内水和领海的水面、水体、海床和底土。这是一个空间资源的概念，是对传统民法中“物”的概念的延伸与发展。内水，是指国家领海基线向陆地一侧至海岸线的海域；领海是指沿着国家的海岸，受国家主权支配和管辖下的一定宽度的海水带。我国拥有近三百万平方公里的管辖海域，相当于陆地国土面积的1/3，拥有18000多公里的海岸线，14000多公里的岛屿岸线，蕴藏着丰富的生物资源、矿产资源、航运资源、旅游资源等自然资源。这里的内水和领海都属于沿海国的领土范围之内，国家对领土内的自然资源享有永久性

的权利。该权利既包括所有权也包括使用权、处分权等权利。因此，这种将列举与概括相结合的立法模式，已经将作为自然资源的一种的海域，列为国家的领土范围之内了。根据本条的规定，中国的海域应当属于中国国家所有。此外，我国已于2002年1月1日起实施的《海域使用管理法》的第3条明确规定，海域属于国家所有，国务院代表国家行使海域所有权。

《海域使用管理法》在设立了国家对海域的所有权之后，又设立了海域使用权的概念。该法第3条第2款规定：“单位和个人使用海域，必须依法取得海域使用权。”可见，海域使用权在中国的立法中已经得以确立。

关于海域使用权的概念和性质，2007年颁布的《物权法》已经给出了比较明确的答案。《物权法》第四十六条规定，矿藏、水流、海域属于国家所有，这里有两层含义，一是明确了海域与矿藏、水流一样，属于国有的自然资源的范畴；二是明确了国家享有对海域的占有、使用、收益和处分的权利。《物权法》第一百二十二条规定，依法取得的海域使用权受法律保护。这条规定从国家立法的角度明确了海域使用权为一种独立的物权，并且属于用益物权的范畴。这是因为：

第一，从权利内容上看，海域使用权是用益物权。用益物权是权利人对物的占有、使用、收益和处分的权利。海域使用权完全具备用益物权的权利内容。首先，海域使用权人欲行使海域使用权，必须以占有海域为前提。如欲利用海域从事养殖业，就必须占有水面和水体；矿业用海必须占有海底、海床。若没有占有，则无法行使海域使用权。其次，海域使用权人享有使用特定海域的权利。如欲从事养殖业必须经依法批准，在指定的海域从事养殖业，从而使得海域使用权人享有在经过批准的特定海域从事养殖业的权利。在这片特定的海域内，权利人享有排他性的使用权。其三，海域使用权人可以处分海域使用权，如将海域使用权转让给他人。可见，海域使用权完全符合用益物权的质的规定性。

第二，海域使用权具有期限性，是一种有期物权。根据《海域使用

管理法》第25条的规定，海域使用权最高期限，按照用途可以分为：（1）养殖用海十五年；（2）拆船用海二十年；（3）旅游、娱乐用海二十五年；（4）盐业、矿业用海三十年；（5）公益事业用海四十年；（6）港口、修造船厂等建设工程用海五十年。这种设定使用期限的做法，完全符合用益物权是期限物权的特征。同时，《海域使用管理法》规定了海域使用权登记制度，海域使用权的取得、变更、终止由海洋行政主管部门进行登记，办理海域使用权证书，并向社会公告。所以，海域使用权也具有公示性。

将海域使用权界定为用益物有着十分重要的意义。

首先，有利于确保海域使用权人的合法权益。海域在性质上同于土地，属于不动产，海域使用权人（如渔民）对海域的使用同于土地使用权人（如农民）对土地的使用。中国土地承包经营权也曾一度因为承包合同的存在而被视为债权，而将集体组织则享有对土地的所有权，既物权，因而，依据物权的效力高于债权的基本法理，导致集体组织可以随意解除土地承包经营合同，严重损害了农民的利益，破坏了农村的稳定。造成这种情况的主要原因就在于法律没有赋予农民承包经营权的物权效力。因而，《物权法》就吸取了当年将土地承包经营权确定为债权的教训，将海域使用权直接规定为物权，以确保海域使用权人的合法权益。如果将海域使用权视为债权，出让人可以随时解除合同，行使所有权，要求所有权人返还对海域的占有，而使用权人没有相应的物权与所有人对抗，违背了私权利的平衡和相互制约，势必侵害海域使用权人的利益。

根据用益物权理论，在用益物权依法成立后，所有权人不能随意取消用益物权，只有在具备法定事由时，所有权人才能终止用益物权。所有权人在行使所有权时，不得妨碍用益物权人行使权利。例如，《物权法》第一百五十九条规定，供役地权利人，应当按照合同约定，允许地役权人利用其土地，不得妨害地役权人行使权利。第一百六十八条规定，地役权人违反法律规定或者合同约定，滥用地役权，或者有偿利用

供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭。可见，将海域使用权直接规定为用益物权，可以起到确保海域使用权人合法权益的作用，其比债权具有明显的可靠性和安全性。

其次，有利于合理开发利用海洋资源，保护海洋环境，维持海洋资源的可持续利用。物权较之于债权，期限比较长，赋予海域使用权物权效力，确定一个较长的海域使用期限，可以有效地防止对海洋资源的短期开发行为，防止掠夺性开采，以保护海洋资源。如果将海域使用权界定为债权，所有权人可能会疯狂地利用海洋资源，那样不利于海洋资源的再生和海洋环境保护。

最后，有利于实行海域有偿使用并完善其机制，从而兼顾到国家、集体和其他海域使用权人的利益，保障海域开发、利用的有序、有偿、成熟的发展，充分发挥海域的应有的经济和社会价值。

综上所述，虽然《物权法》并未明确海域使用权的概念，笔者认为，可以将海域使用权界定为：海域使用权是指单位或者个人依法取得对国家所有的特定海域排他性的使用权。其具体可以包括利益海域从事建设工程、海水养殖、海底探矿采矿等多种活动的权利。这里包括一下三层含义：

其一，海域使用权是排他性的物权之一种；

其二，海域使用权是以使用、收益和一定程度的处分为内容的用益物权；

其三，海域使用权是以海域为客体的用益物权。

其四，海域使用权具有占有性、支配性、派生性、有偿性和公示性。

海域使用权人享有占有权、使用权、收益权[注]、转让权[注]、设定抵押权[注]、入股权[注]、续期使用权[注]和获得补偿权[注]。其所承担的义

务主要包括：保护和合理利用海域[注]、支付海域使用金等费用[注]、接受海洋主管机关的监督检查[注]、容忍[注]和及时通知[注]等。

（二）海域使用权的类型划分

各种民事权利组成一个体系，首先有个分类的问题。分类就要有一定的标准。传统民法理论的普通的对民事权利的分类是：依权利的内容分财产权与非财产权；依其作用分支配权、请求权、形成权与抗辩权；依其效力所及的范围分绝对权与相对权；等等。

海域使用权的类型划分也是一样，可以按照其目的是公益性目的还是非公益性目的，将其分为公益性海域使用权和非公益性海域使用权；按照其行使的主体是自然人个人、法人还是非法人团体，可以将海域使用权分为个人海域使用权、法人海域使用权和其他组织海域使用权；按照功能区划来分，则海域使用权可以分为海洋工程海域使用权、养殖海域使用权、港口海域使用权、海洋油气勘探开采海域使用权、海底电缆管道海域使用权等等；按照海域的远近，可以将海域使用权分为内水的海域使用权和领海海域使用权；按照使用者的国籍来，可以将海域使用权分为国内海域使用权和涉外海域使用权；按照权利取得的关系，可以将海域使用权分为原始取得的海域使用权和继受取得的海域使用权；按照是否需要缴纳海域使用金，可以将海域使用权分为有偿取得的海域使用权和无偿取得的海域使用权；按照据海域使用权排他性的强弱为标准，海域使用权可以划分为完全排他性海域使用权和相对排他性用海域使用权；按照我国《海域使用管理法》规定的用海期限的长短为分类标准，海域使用权可以划分为临时性用海权与一般性用海权；按照海域使用权对海洋环境的影响程度的差异为标准，海域使用权可以分为保护性海域使用权和开发性海域使用权；按照海域使用权是否具有依附性为标准，海域使用权可以划分为独立型海域使用权和从属性海域使用权；等等。

但是，从实际需要和中国《海域使用管理法》的规定来看，在海域使用权之下存在着丰富多彩的具体的用益物权，其基本的划分标准应当是以实际的使用的目的和功能为标准，否则，那些如果仅仅热衷于所谓学理上的划分，对于现实是无甚具体的指导作用的。

因此，笔者以为，对于海域使用权的划分还是以具体的使用目的和功能来划分可能更符合实际需要。根据海域使用权的目的和功能，可以将海域使用权划分为建设、开发海域使用权和养殖海域使用权两大类。

从我国《海域法》的有关规定来看，海域使用的目的是多种多样的，主要包括：养殖、拆船、旅游以及娱乐、盐业用海、港口和修造船厂用海等。这种划分主要是参照了中国《土地管理法》的规定，根据该法的规定，土地按其使用目的分为建设用地和农业用地两大类。因此，比照该分类按照海域使用的目的，可以将海域使用权区分为建设、开发海域使用权和养殖海域使用权。

所谓建设、开发用海权，是指在海床、底土之上建设建筑物以及其他附着物的权利或者在海水表面设置悬浮物的权利，它包括拆船、族游以及娱乐使用海域、盐业和矿业使用海域、港口和修造船厂使用海域以及铺设海底电缆、管道使用海域等非以养殖为目的所有建设、开发性海域使用活动。根据国务院发布的《防止拆船污染环境管理条例》第3条的规定，拆船用海是进行拆船活动的用海，包括岸边拆船和水上拆船。岸边拆船是指废船停靠码头或在船坞拆解（不包括海难事故中的废船冲滩拆解）。水上拆船指对完全处于水上的废船进行拆解。旅游娱乐使用海域指建设开发海上自然景观，以供游人观赏、旅游休闲、冲浪娱乐等设施和项目的属于海域。盐业用海是指开采海盐使用海域。矿业用海指采挖海边沙砾、开采海底石油、天然气及其他矿产资源的使用海域。建港口、修造船厂用海指建造各类客运、货运港口、码头，制造、维修各类军用、民用船只等项目使用海域的活动。该类海域使用权的基本特点是以在海床、底土之上建设建筑物以及其他附着物，或者在海水表面设置悬浮物，以供人类使用为其主要活动特征。总之，人类活动的主动性

和可能造成的对于自然环境的破坏性，构成了其鲜明的特征。该类活动，也是我们应当通过完善的立法加以严格限制和规范的。

养殖使用海域是指在特定海域养殖水生动物、水生植物。养殖使用海域是指特定民事主体在特定海域进行海水养殖的权利，主要包括在特定海域饲养和繁殖鱼、虾、贝、蟹等海洋生物以及海带、紫菜、医用菌类等海洋植物的使用海域的权利。

这种分类是海域使用权的基本分类，也是立法上的重要的分类方式。这种分类的意义在于：

第一，有利于区分二者在经营上的差异。这主要可以从二者的目的上的不同来区分。建设、开发使用海域权的目的在于在特定海域建设建筑物、构筑物或者其他定着物，以供人类使用；养殖使用海域权的目的则是在特定海域进行海洋水生动、植物的养殖，以供人类食用或者药用。这就决定了二者经营方式的不同。前者具有较为长久的使用性，而后者则具有一定的短期性。构建不动产建筑物，其目的是为了长期使用，一般不会出现今天建明天就搬迁的情况；而养殖是带有季节性、周期性和不稳定性的，一旦养殖的水面发生了污染或者出现了不适合水生动、植物生长的情况和条件，或者市场不景气，养殖者会立即考虑放弃养殖活动，而这种放弃行为的随意性是比较大的，因为其投入的成本和因放弃所遭受的损失，一般来说，较之建设、开发使用海域要小得多，转产和抛弃的灵活程度也较之建设、开发使用海域要有利得多。因此，二者在经营方式上有明显地不同。需要将二者加以明确地区分。

第二，有利于对二者采取不同的管理方式。在管理方面，两者存在巨大差别，建设、开发海域使用权对环境的破坏程度远远大于养殖海域使用权，所以，各国对海洋的管理主要是对建设用海的管理。同时，由于两者存在的期限不一致，建设、开发海域使用权的存续期限一般比养殖户所有权的期限要长。因此，法律对于不同用途的海域使用权最高期限有着不同的规定，例如，中国《海域使用管理法》规定养殖海域使用权为十五年，而港口、修造船厂等建设工程则为五十年。此外，在海域

使用金方面，各国都规定，建设、开发海域使用权一般要交纳海域使用金，而养殖海域使用权则减交或者免交海域使用金，中国《海域使用管理法》也采纳了类似的做法。可见，该类划分对于政府对二者采取不同的管理方式起到了积极的作用。

二、中国海域使用权与其他物权及法律制度的关系

（一）与传统渔业权的关系

在传统学说中，一直存在关于渔业权的性质的争论。甚至于关于渔业权在本质上为公法还是私法，学者的观点都不一致。其中既有所谓“公权说”、“私权说”、“折衷说”、“区分说”等等。[注]

从各国的立法观之，英美法国家把渔业权看作是一种建立在公共水域上的权利，其主要表现为捕捞权，因而不是一种真正意义上的财产权。而大陆法系则建立了一套更为复杂的渔业权体系，侧重于对于历史上所形成的利益的保护。[注]而中国学者则认为渔业权是一种公权和私权并存的权利结构。[注]

在中国现行法上并未确立渔业权概念。在《海域使用管理法》颁布施行以前，我国调整渔业活动的法律主要体现为《渔业法》。该法第2条规定：“在中华人民共和国的内水、滩涂、领海、专属经济区以及中华人民共和国管辖的一切其他海域从事养殖和捕捞水生植物、水生动物的渔业生产活动，都必须遵守本法”。2000年又对《渔业法》进行了修改，全国人大法律委员会在关于《中华人民共和国渔业法修正案（草案）》审议结果的报告中指出：“法律委员会经过认真反复研究后认

为，水域是一种具有多用途的资源，水域有航行、灌溉、供水、行蓄洪、维护生态平衡等多种功能，全民所有的水域包括海域、江河、湖泊、水库等可以许可由单位和个人从事养殖生产活动，但对单位和个人确认滩涂、水域的排他性使用权，涉及的问题较多，也比较复杂，宜作进一步研究，由规范有关物权的法律进行规定”。据此，决定将1986年《渔业法》第11条关于县级以上地方人民政府可以“核发养殖使用证，确认使用权”的规定，修改为现行《渔业法》第12条的规定，由县级以上地方人民政府向单位和个人“核发养殖证，许可其使用水域、滩涂从事养殖生产”，“养殖使用证”被修订为“养殖证”，同时删除了“确认使用权”字句。

此后，2001年10月27日九届全国人大常委会第二十四次会议审议通过了《海域使用管理法》，该法确立了海域国家所有权、海域使用权、海域功能区划等制度。该法第2条规定：“本法所称海域，是指中华人民共和国内水、领海的水面、水体、海床和底土。本法所称内水，是指中华人民共和国领海基线向陆地一侧至海岸线的海域。在中华人民共和国内水、领海持续使用特定海域3个月以上的排他性用海活动，适用本法。”该法第3条明确宣布：“海域属于国家所有，国务院代表国家行使海域所有权”，“单位和个人使用海域，必须依法取得海域使用权。”

《海域使用管理法》与《渔业法》分别建立了中国的海域使用管理法律制度和渔业行政管理法律制度。但因二者均涉及海洋资源的管理，因此在调整对象上有所重叠。这种重叠表现在海域使用权与渔业权的冲突方面。因《海域使用管理法》中规定了海域使用权制度，《渔业法》中虽然没有规定渔业权，但从事捕捞、养殖，须取得养殖证、捕捞证，养殖证是养殖权的标志，捕捞证是捕捞权的象征，因此，现实已经证明，在中国的现实中已经存在渔业权制度。注

在《物权法》制定过程中，关于如何处理海域使用权和渔业权的关系，曾经展开过激烈的争论。

第一种意见认为，《物权法》应当明确规定渔业权。

其理由有：第一，规定渔业权是保持国家农村基本经济制度稳定的需要。水域、滩涂是农民的土地，渔业权是他们的安身立命之本，是他们享有的基本生存权利。第二，规定渔业权是完善物权法律体系，维护渔民合法权益的需要。第三，规定渔业权是解决当前渔业和渔民问题的需要。第四，将渔业权作为一种物权类型，符合国际通行的做法和发展的趋势。

该种意见还主张删除海域使用权，主要有五条理由：一是海域使用权没有直接的使用目的，缺乏实质性的内容，不是一个独立物权，仅仅是采矿权、探矿权、渔业权和工程建设使用权等各种不同物权类型的统称。如果在《物权法》中增加海域使用权这样一个新的、宽泛而没有实质内容的物权种类，涵盖上述采矿权等几种不同的物权类型，将会造成这几种物权的冲突，造成物权体系的混乱。二是海域使用权不利于保护基础产业和广大渔民的利益。三是海域使用权的物权化将进一步激化沿海地区海域纠纷的矛盾。四是海域使用权制度与国际海洋管理制度不相符，不利于维护国家渔业权益。五是海域使用权不能涵盖内陆渔民的水域和滩涂使用权，无法保护广大内陆渔民的权利。

另一种针锋相对的意见则主张规定海域使用权。这种观点提出，《海域使用管理法》颁布施行后，国务院先后发布了《关于沿海省、自治区、直辖市审批项目用海有关问题的通知》、《海域使用权登记办法》、《海域使用权证书管理办法》等一系列规范性文件，对海域使用权的取得、权属核查、海籍测量、初始登记、变更登记、注销登记、颁发证书、争议处理等程序都作出了明确的规定，进一步完善了海域物权制度。沿海地方也相继出台了多部有关海域使用管理的地方法规、政府规章和规范性文件。海域使用管理的实践证明，《海域使用管理法》所确立的海域使用行政管理制度和海域物权制度，既保障了国家公共行政管理职能的实现，也有利于规范作为海域所有人的国家与海域使用权人之间的关系以及海域使用权人相互间的关系。就海域物权的主要类型及法律性质来看，海域物权分为海域国家所有权和海域使用权。海域国家所有权是指作为海域所有者的国家依法对海域享有占有、使用、收益和

处分的权利。海域使用权则是指单位或个人以法定方式取得的对国家所有的特定海域的排他性支配权利。海域使用权的主体为单位和个人，其客体为作为不动产的特定海域，其内容为对特定海域基于特定目的而进行排他性支配的权利。依用海方式可以分为：养殖海域使用权、拆船海域使用权、旅游和娱乐海域使用权、盐业海域使用权、矿业海域使用权、公益事业海域使用权，以及港口海域使用权、建设工程海域使用权等。海域如同土地一样，特定海域位置固定，不能移动，表现为特定的立体物质形态，可以通过标明经纬度加以特定化。因此，海域使用权和土地使用权一样，都是在所有权权能分离基础上产生的用益物权。因而，海域使用权具有物权的支配性、绝对性和排他性，完全符合民法上的典型用益物权的特征。

该观点还建议删除渔业权，认为，“渔业权”的内涵在理论上和立法上都是不确定的，其在本质上为一种经行政特许而从事特定活动的资格，而非实体权利，更不是用益物权。根据现行法，养殖证仅仅具有许可从事养殖生产经营活动资格（资质）的效力，海域使用权和土地承包经营权已统一规范了养殖所涉及的物权法律关系。从国外的立法情况看，目前几乎所有制定民法的大陆法国家或地区都没有在其民法典中规定“渔业权”，而是以单行法规（如《渔业法》、《水产业法》等）对渔业资源开发利用与保护进行管理。在我国迄今为止的立法中，“渔业权”没有作为一种民事权利类型得到承认。

最后，立法机关采纳了第二种观点，《物权法》最终根据现行法律的规定，对海域使用权和从事养殖、捕捞的权利分别作出了规定，即第一百二十二条和第一百二十三条分别规定：“依法取得的海域使用权受法律保护。”“依法取得的……使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。”

本条规定并没有创设新的权利类型，而仅仅是对《海域使用管理法》中已规定的权利类型予以重申。所以，本条规定的最大意义在于明确了海域使用权的用益物权属性，至于其具体内容，基本上还是要适用

《海域使用管理法》，《海域使用管理法》没有规定的，则适用《物权法》的有关规定。

总之，在处理海域使用权与渔业权关系的问题上，立法最终没有使用渔业权的概念，而是承继现行法律的规定，采用了“使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利”的表述。关于该项权利，应适用《渔业法》等法律的规定；《渔业法》等法律没有规定的，适用《物权法》的有关规定。目前，关于使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利的规范，主要有《渔业法》、《渔业法实施细则》、《渔业捕捞许可证管理办法》和《渔业资源增殖保护费征收使用办法》等。

（二）与海域承包权的关系

目前，从事海水养殖活动的养殖业主基本上分为三类：一是沿海、内地的单位或者个人投资养殖业，一般养殖面积在1000亩以上，最多有超过10000亩的，形成了养殖企业或者养殖大户，其养殖规模和产量已经占海水养殖业的主导地位；二是沿海农村从事养殖业的村民，养殖面积一般十几亩或者几十亩；三是传统渔民由从事捕捞业转为养殖业，这一类只占养殖业主的10%以下。[注]对前两种主体用海而言，主要是在国有海域上从事营利性经营。《海域使用管理法》为解决10%以下的渔民生计，考虑到长期以来近岸养殖海域由沿海的村集体经济组织实际占用的客观情况，调动沿海农村集体经济组织的生产积极性、保护集体组织成员的合法利益，维护社会稳定，于该法第22条特别规定：“本法实施前，已经由农村经济组织或者村民委员会经营、管理的养殖用海，符合海洋功能区划的，经当地县级人民政府核准，可以将海域使用权确定给该农村集体经济组织或者村民委员会，由本集体经济组织成员承包，用于养殖生产。”这时，海域使用权与海域承包权产生交叉。

对于海域承包权的性质主要有债权说、物权说、特殊债权说和准物权说四种。笔者以为，将海域承包权定为物权是科学的。因为，海域使

用权是在海域所有权的基础上产生的，因而，其与土地承包权一样，具有用益物权的特征，其与海域使用权可以共存于同一海域上。海域使用权上设定海域承包权之后，原权利人对海域的占有是间接占有，承包经营权人对海域的占有为直接占有，当直接占有的媒介关系（海域承包权）消灭后，海域使用权人的占有由间接占有转化为直接占有。海域使用权人在海域上设定承包经营权、收取承包费本身，就是对海域的使用、收益；而承包人对海域的经营活动、收取海产品则为使用、收益。可见，即使将海域承包权界定为用益物权，这两种权利也不会发生权利冲突，可以共存于同一海域上。

此外，海域承包权具有物权的支配力和排他性的特征，因此，将海域使用权界定为物权更为科学。

如前所述，海域使用权可分为养殖用海权与建设、开发海域用海权，《海域使用管理法》第22条规定，集体组织取得海域使用权，不仅包括建设用海，而且包括养殖用海。建设用海多由集体经济组织自行行使，不能承包给集体经济组织的成员；养殖用海则由集体经济组织承包给集体经济组织成员——渔民，渔民取得海域承包权。所以，海域使用权与海海域承包权的冲突体现为养殖用海权与海域承包权的冲突。同一海域上既存在集体经济组织的养殖用海权，又存在渔民的海域承包经营权；且海域承包权是物权，又是用益物权。这时，同一海域上存在了养殖用海权与海域承包经营权两个用益物权，至少从表面判断，与物权的排他效力相悖。但在中国，集体经济组织取得的国有土地的使用权，该土地使用权在功能上类似于土地所有权，其上可以设定用益物权。因为，中国的用益物权体系多数并不是建立在土地所有权基础上的，而是建立在土地使用权基础之上的。集体经济组织取得的海域使用权，其在功能上与其取得的国有土地使用权并无本质区别，它上面可以设定用益物权。因此，笔者认为，《海域使用管理法》第22条确立的海域承包权与海域使用权并无冲突，二者完全可以共存于同一海域上，并且，其与农地承包权存在许多共性，可以将其纳入土地承包权范畴之内。因为两者的权利主体是一致的。海域承包权的权利主体是渔民，农地承包权的

权利主体是农民，渔民与农民的处境身份没有本质的区别，都是传统的农民，二者从事承包经营的目的多数还是以满足生存为出发点。若将海域承包权纳入农地承包经营权中，不仅可以避免渔民办理两证（海域使用权证和海水养殖证），还可以使得渔民在税收方面可以享受农民的待遇。因此，海域承包权可以纳入农地承包权之中，由农地承包权统一调整，以减轻渔民的负担，平衡渔民与农民间的关系。

（三）与矿业权的关系

从国家及社会利益整体上看，海洋矿产资源开发制度与海域使用管理制度具有相同的制度基础，都是基于社会经济制度。中国实行资源的国家所有制度，陆地矿产资源、海洋矿产资源和海域本身，均为国家所有并实行有偿使用制度。《矿产资源法》是调整矿产资源的勘探、开发利用、保护和管理关系的法律制度，调整的是行业管理法律关系，具有特殊性。《海域使用管理法》是规范所有占用特定海域的用海活动，调整的是综合管理法律关系，在对用海活动的管理方面具有一般性。海域使用权和矿业权之间由相互依存的特征。首先，在海洋矿产资源勘探开发方面，海域使用权的设立一般应以矿业权的存在为条件。因为对具体的矿业权人来说，其取得相应的海域使用权不是目的，而是行使矿业权必备的条件。勘探和开采活动必须在特定的海域进行，必须首先取得海域使用权。从这个角度来说，取得海域使用权是矿业权人必须承担的法律义务。其次，矿业权的行使依赖于海域使用权的取得由于勘探开发海洋矿产资源需要占用特定的海域，是《海域使用管理法》调整规范的用海类型之一，因此需要取得特定的海域的使用权才能进行矿产资源的勘探开发活动。同时，海域使用权具有排他性，可以有效地对抗其他用海主体对相应海域的使用的妨碍。因此，海域使用权的取得有利于矿业权人顺利实现其权利。海洋矿产资源的勘探和开发主体必须同时具备矿业权和海域使用权方可进行勘探和开采活动，两种权利必须同时具备，该主体既是矿业权人也是海域使用权人。因而，从这一角度说，矿业权与

海域使用权是相互依存的关系。

如果在某特定海域先存在一个建设用海权，其后又设定了一项海洋资源开采权，从表面上看，采矿权指向的对象是特定海域的矿产资源，而建设用海权指向的却是在特定海域从事建设活动，两者不应存在冲突。但是，开采矿产资源往往要在特定海域建设一些必要的海洋建筑物或者构筑物，这时就会和建设用用海权产生冲突。正确协调这种冲突，对防止纠纷的发生具有重要意义。在一般情况下，由当事人双方协商解决。经协商同意，将建设用海权转让给采矿权人，矿业权人应赔偿建设用海权人的损失。在港口、国防工程设施圈定的海域，大型海洋工程设施、重要的公益性建设用海一定距离以内的海域，建设用海权不能终止，采矿权也不能产生。如果出于国计民生、国家战略意义的考虑，矿业权必须产生，矿区必须占用建设用海权的海域，那么，原建设用海权必须终止，取代以矿区建设用海权。这就是一种冲突，这种冲突的解决，主要依靠双方的协商和有关部门的协调，若协调不成才能够诉诸法律，当然，法院的判决自然要考虑到双方的合法权益和国家、公共利益与原建设用海权之间的利益平衡。

由此可见，海域使用权与矿业权间的关系，既有相互依存的一面，又有相互矛盾和冲突的一面，判断其孰重孰轻、孰应当让位于孰的关键，是看孰在整个国民经济和国家整体利益中的作用和地位的轻重缓急。对此，只能根据个案情况，采取实事求是的原则，不可能规定出一个放之四海而皆准的原则或者规范。

（四）与海上交通安全制度的关系

《海上交通安全法》是关于海上交通安全的专门法律，其立法宗旨为加强海上交通安全，保障船舶、设施和人命财产的安全，维护国家海洋权益。该法专门规定了保障海上交通安全的各项制度，主要包括：船舶检验、登记及船舶、设施上人员合格制度、停泊和作业制度、安全保

障制度、危险货物运输制度、海难救助制度、打捞清除及交通事故的调查处理制度。《海上交通安全法》适用于在中国沿海水域航行、停泊和作业的一切船舶、设施和人员以及船舶、设施的所有人、经营人。该法所指沿海水域是指中华人民共和国沿海的港口、内水和领海以及国家管辖的一切其他海域。在法律适用的地域范围方面，《海域使用管理法》与《海上交通安全法》有重叠，内水、领海水域又是沿海交通最为频繁的地区，因此，只有确保海上交通安全才能顺利行使海域使用权，获取海域使用权的收益。二者是相辅相成的关系。

海上交通安全制度涉及大多数用海类型，包括渔业用海（捕捞、养殖）、工矿用海（勘探、开采等）、海底工程用海（建筑、疏浚、爆破）、交通运输用海等等。从事这些海上活动的所有海域使用权人均负有保障海上交通安全的义务，在从事上述作业前必须获得水上水下作业许可证。为了保障海上交通安全，海域使用权的享有必须以履行维护海上交通安全的义务为条件，海上交通安全制度对海域使用权设定了一定的限制。例如，为加强通航设施的保护和管理，保障海上交通安全，中国颁布了《港口法》、《渔港水域交通安全管理条例》、《航道管理条例》、《航道管理条例实施细则》、《航标条例》、《沿海航标管理办法》、《海上航行警告和航行通告管理规定》、《海上交通事故调查处理条例》和《中华人民共和国水上水下工作业通航安全管理规定》等等。这些法律法规对包括海域使用权人在内的相关主体应负的法律义务作了详尽的规定，其中水上水下施工作业许可制度，航标、航道保护和管理制度对海域使用权的设定和行使具有直接的限制和规范的作用，直接起到协调海域使用权与海上交通安全制度之间关系的作用。

（五）与海洋环境保护制度的关系

保护和改善海洋环境是海域物权法律制度应当实现的重要社会功能之一。这从海洋功能区划和海域使用权的设定和行使等多方面都可以看

出。编制海洋功能区划的一项重要原则就是保护和改善海洋环境。同时保护和改善海洋环境也是海域使用权人的重要义务。海域使用权的取得、变动和终止以及权利行使都强调保护和改善海洋环境。海洋环境保护对海域使用权人来说是对行使海域使用权的限制。

海域使用管理制度规范的各种活动均应同时遵守《海洋环境保护法》的规定。《海域使用管理法》的适用范围是《海洋环境保护法》适用范围的一部分。同时，《海域使用管理法》规范的渔业、海洋运输、海洋工程、排污倾废等用海都应适用《海洋环境保护法》的规定。早在《海域使用管理法》颁布实施前，《海洋环境保护法》就对海洋功能区划制度作了规定。该法第7条规定，国家根据海洋功能区划制定全国海洋环境保护规划和重点海域区域性海洋环境保护规划。第24条规定，开发利用海洋资源，应当根据海洋功能区划合理布局，不得造成海洋生态环境破坏。

《海域使用管理法》第十一条规定："功能区划按照下列原则编制：……（三）保护和改善生态环境，保障海域可持续利用，促进海洋经济的发展；……"。海域使用权的取得必须以符合海洋功能区划为条件，在申请海域使用时，提交的书面材料中必须有海域使用论证材料，供管理机关审查批准。对于改变海域属性，影响生态环境和其他海洋开发活动的用海项目，海域使用申请者应当委托有海域使用论证资质的单位进行海域使用论证工作。为防止用海设施和构筑物对海洋环境造成损害，《海域使用管理法》第29条规定："海域使用权终止后，原海域使用权人应当拆除可能造成海洋环境污染或者影响其他用海项目的用海设施和构筑物。"但是，《海域使用管理法》主要从宏观的层面规定了海域使用权人应遵循的海洋环境保护原则和义务，具体的措施则需要由相关的法律法规规定。这些法律法规包括：《海洋环境保护法》、《海洋石油勘探开发环境保护管理条例》、《防止船舶污染海域管理条例》、《海洋倾废管理条例》、《防止拆船污染环境管理条例》、《防治海岸工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》、《防治陆源污染物污染损害海洋环境管理条例》、《海洋自然保护区管理办法》和《倾倒区管理

暂行规定》等。这些法律法规规章构成了我国海洋环境保护的法规体系，也构成了海域使用权与海洋环境保护法律制度之间的和谐的法律关系体系，体现了海洋环境保护制度对海域使用权的特殊要求。这些要求具体体现在诸如重点海域排污总量控制制度、海洋环境监督管理体制、海洋自然保护区制度；防治陆源污染物、海洋工程建设项目、海岸工程建设项目、倾倒废弃物对海洋环境的污染损害制度，等等。其中，海洋自然保护区制度及倾倒废弃物制度与海域使用权制度直接相关。

三、中国海域使用权立法的完善

（一）进一步完善《物权法》的有关规定

为了完善海域使用权制度，保障渔民的合法权益，可以考虑在将来对《物权法》进行修订时，在第三编用益物权的第十一章土地承包经营权中的最后一条——第一百三十四条后面加上一条：有关海域承包权的内容，参照本法的农用地承包权的有关规定。

在第四编担保物权中抵押权一章的第一百八十条中加入海域使用权人以海域使用权可以设定抵押的条款。

另外，可以考虑在用益物权一编中，加入空间利用权一节，在该节中用一定篇幅规定海域使用权的内容。例如，对于海域使用权的范围、取得与变动、海域使用权的行使及其登记制度等予以明确地规定。关于空间利用权的内容笔者已有过论述，在此不在赘述。笔者在此再次重申，笔者仍然认为中国的《物权法》应当确立空间利用权制度。

（二）继续完善《海域使用管理法》及其配套法规

在修订《海域使用管理法》时，应当依据《物权法》的精神明确海域使用权属于用益物权，并且，明确规定在海域使用权上可以设立抵押权。同时，在该法中将海域使用权人的权利、义务作集中规定，其中权利包括：占有权、使用权、收益权、转让权、以海域使用权设定抵押权、入股权、优先续期使用权、获得补偿权等；义务包括：保护和合理利用海域、支付海域使用金等费用、接受海洋主管机关的监督检查、及时通知等。另外，应当在第四章海域使用权中明确规定海域使用权可以分为建设、开发海域使用权和养殖海域使用权两大类，并且对于二者的概念和适用范围予以明确规定，以完善中国的海域使用权制度。

（三）在《民法总则》中明确海域使用权的用益物权的法律属性

为了使得中国民法体系的完整性和逻辑性，在《民法总则》中，可以用一个条文明确海域使用权的用益物权的性质，这样就为《物权法》规定的海域使用权制度，作了铺垫并提供了立法依据。

（原载于《安徽大学法律评论》2008年第2期）

---

1. 《海域使用管理法》第23条规定："海域使用权人依法使用海域并获得收益的权利受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。"

2. 《海域使用管理法》第27条规定："因企业合并、分立或者与他人合资、合作经营，变更海域使用权人的，需经原批准用海的人民政府批准。海域使用权可以依法转让。海域使用权转让的具体办法，由国务院规定。海域使用权可以依法继承。"

3. 《物权法》并没有排除海域使用权上的抵押权。《物权法》第一百八十条规定："债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（一）建筑物和其他土地附着物；（二）建设用地使用权；（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；（四）生产设备、原材料、半成品、产品；（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（六）交通运输工具；（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。"第一百八十四条规定："下列财产不得抵押：（一）土地所有权；（二）耕地、宅基地、自留

地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；（五）依法被查封、扣押、监管的财产；（六）法律、法规规定不得抵押的其他财产。”

4. 海域使用权人有权以其海域使用权折价入伙或者入股。《海域使用管理法》第27条第1款规定：“因企业合并、分立或者与他人合资、合作经营，变更海域使用权人的，需经原批准用海的人民政府批准。”

5. 《海域使用管理法》第26条规定：“海域使用权期限届满，海域使用权人需要继续使用海域的，应当至迟于期限届满前二个月向原批准用海的人民政府申请续期。除根据公共利益或者国家安全需要收回海域使用权的外，原批准用海的人民政府应当批准续期。准予续期的，海域使用权人应当依法缴纳续期的海域使用金。”如无特殊情况，海域使用权人要求续期使用的，原批准机关应当允许，这是法律对国家作为所有权人的一项强制，对海域使用权人而言，则是他的权利。

6. 《海域使用管理法》第30条规定：“因公共利益或者国家安全的需要，原批准用海的人民政府可以依法收回海域使用权。依照前款规定在海域使用权期满前提前收回海域使用权的，对海域使用权人应当给予相应的补偿。”这是由海域使用权的物权性质所决定的。

7. 《海域使用管理法》第4条第1款规定：“国家实行海洋功能区划制度，海域使用必须符合海洋功能区划”。

8. 《海域使用管理法》第33条规定：“国家实行海域有偿使用制度。单位和个人使用海域，应当按照国务院的规定缴纳海域使用金。海域使用金应当按照国务院的规定上缴财政。对渔民使用海域从事养殖活动收取海域使用金的具体实施步骤和办法，由国务院另行规定”。第34条规定：“根据不同的用海性质或者情形，海域使用金可以按照规定一次缴纳或者按年度逐年缴纳”。

9. 《海域使用管理法》第40条条第2款规定：“有关单位和个人对海洋行政主管部门的监督检查应当予以配合，不得拒绝、妨碍监督检查人员依法执行公务”。

10. 《海域使用管理法》第23条第2款规定：“海域使用权人有依法保护和合理使用海域的义务；海域使用权人对不妨害其依法使用海域的非排他性用海活动，不得阻挠。”

11. 《海域使用管理法》第24条第2款规定：“海域使用权人发现所使用海域的自然资源和自然条件发生重大变化时，应当及时报告海洋行政主管部门。”

12. 具体内容可参见尹田主编：《中国海域物权制度研究》，中国法制出版社2007年7月版，第146~147页。

13. 参见尹田主编：《中国海域物权制度研究》，中国法制出版社2007年7月版，第143~146页。

14. 参见尹田主编：《中国海域物权制度研究》，中国法制出版社2007年7月版，第149

页。

15. 详细内容可参见李永军主编：《海域使用权研究》，中国政法大学出版社2006年9月版，第180~182页。182

16. 《关于中华人民共和国海域使用权管理法（草案）的说明》。183

业主委员会——民间的非法人组织——《物权法》有关业主委员会规定内容的解读与适用

《物权法》第六章“业主的建筑物区分所有权”中用了至少三个条文对“业主委员会”的产生、决定的效力、权利等内容做了规定。但是，如何进一步理解这些规范，并在实践中如何与已有的相关的法规、规章相协调，应成为我们关注的内容。本文拟从对《物权法》的解读和适用的角度来对业主委员会的相关问题进行一些尝试性的探讨，以期有助于对《物权法》有关业主委员会的规定的理解及其与其他相关法规、规章的协调和适用。

一、业主委员会的含义及特征

业主委员会是依据业主公约或者法律的规定，在房地产行政主管部门指导下成立的业主大会选择产生的，由业主代表组成的代表业主利益、监督物业管理公司工作和广大业主履行业主公约的民间性组织。

从我国司法实际来看，业主委员会是一个物业管理区域内长期存在的、代表广大业主行使业主自治管理权的必设机构，是业主自我管理、自我教育、自我服务，实行业主自治自律与专业化管理相结合的管理体

制，保障物业的安全与合理使用，贯彻执行国家有关物业的法律、法规及相关政策，并办理本辖区涉及物业管理的公共事务和公益事业的社会性自治组织。

业主委员会不仅是业主参与民主管理的组织形式，也是业主实现民主管理的最基本的组织形式。与其他自治性组织比较而言，业主委员会具有以下法律特征：

1.业主委员会是由业主大会选举产生的。根据我国《物业管理条例》的有关规定，业主委员会是业主大会的常设机构和执行机构，其行为应向业主大会负责。因为，业主委员会并非独立的法人组织，它的所有行为后果均直接归属于全体业主，责任也是由全体业主共同承担的。基于此，业主委员会的组成人员必须反映全体业主中绝大多数人的意见，故业主委员会的委员应由业主大会选举产生。《物权法》第75条第1款进一步明确规定："业主可以设立业主大会，选举业主委员会。"从此从基本法的角度确立了业主委员会必须是由业主大会选举产生，并向其负责。

2.业主委员会的活动以对物业的自治管理为限。业主委员会设立的目的在于使广大业主的自治管理权能够得到正常的行使，并及时了解和统一业主的不同意见和建议。基于这一目的，业主委员会的所有活动必须以对物业的自治管理为限。除签订物业管理合同外，业主委员会不能进行和从事与物业管理活动无关的任何经营性或非经营性活动。

3.业主委员会的根本任务是代表和维护全体业主的合法权益。业主委员会代表全体业主的意思表示，其行为向全体业主负责，维护的也是全体业主的合法权益。因此，业主委员会不是代表和维护部分业主、特别是大业主的意志和利益，当然更不是部分小业主的意志和利益。应注意的是业主委员会维护的只能是业主的合法权益，不能因为业主委员会的组成人员均为业主，其行为和活动通常都涉及业主的自身利益，便从事超越法律、法规和政策以及损害他人合法权益的行为。

4.业主委员会必须办理备案手续。业主委员会虽为自治性的组织，

但并非自立的闲散组织，其有具体的法定职责和法律地位。为了规范业主委员会，使其更好地为全体业主服务，依据我国《物业管理条例》及相关的规定，业主委员会自产生后30日内，应当将业主大会成立的情况、业主大会议事规则、业主公约及业主委员会委员的名单等材料向物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门备案。

为了进一步明确业主委员会与所在地的区、县人民政府有关行政主管部门间的关系，《物权法》第75条第2款规定：“地方人民政府有关部门应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。”根据有关行政法规的规定，业主委员会应当配合公安机关，与居民委员会相互协作，共同做好维护物业管理区域内的社会治安等相关工作。在物业管理期于内业主委员会应当积极配合相关居民委员会依法履行自治管理职责，支持居民委员会开展工作，并接受其指导和监督。

二、业主委员会的性质

关于业主委员会的法律性质，学界认识不一。依据1994年3月23日建设部发布的《城市新建住宅小区管理办法》的规定，住宅小区应当成立住宅小区管理委员会。该委员会是在房地产行政主管部门指导下，由住宅小区内房地产产权人和使用人选举的代表组成，代表和维护住宅小区内房地产产权人和使用人的合法权益。它的主要权利是制定管理委员会章程，决定选聘或续聘物业管理公司，审议物业管理公司制定的年度管理计划和小区管理服务重大措施，检查、监督各项管理工作的实施及规章制度的制定。可见，该委员会相当于业主委员会。1997年8月25日建设部、国家工商行政管理局印发推行的《物业管理委托合同示范文本》的规定，业主委员会代表和维护产权人、使用人的合法权益，制定业主公约并监督业主和物业使用人遵守公约，审定物业管理制度，检

查、监督物业公司管理工作的实施和制度的执行情况，审定物业公司的物业管理服务年度计划、财务预算及决算。1999年10月14日建设部印发的《前期物业管理服务协议》（示范文本）规定，前期物业管理是指：自房屋出售之日起至业主委员会与物业管理企业签订的《物业管理合同》生效时止的物业管理。我国《物业管理条例》及2003年6月26日建设部印发的《业主大会规程》就业主委员会的职责亦规定，业主委员会代表业主与业主大会选聘的物业管理企业签订物业服务合同。

从这些规定不难看出，我国现行立法并未就业主委员会的法律性质做出明确的规定。实践中对此主要有两种意见：

1.业主委员会为社团法人。该种意见认为，业主委员会从其权利和职责来看，它应为社会团体法人。依此观点，业主委员会必须具备社团法人的条件，即自然人自愿组成的从事非生产经营性业务活动的社会组织体。根据我国《民法通则》第50条的规定，社会团体法人设立程序与具备法人条件的事业单位相同。这样就意味着业主委员会完全独立于各个业主，享有法律上的人格，并能够独立的享有和行使民事权利，独立的承担民事责任。然而，业主委员会事实上并不独立享有民事权利和承担民事责任。故该种观点显然是不能成立的。

2.业主委员会为非法人组织。该种意见认为，业主委员会是非法人组织，即它是一种没有取得法人资格的社会组织。对非法人组织的内部关系，按合伙人之间的关系对待；而以该组织的名义对外发生的外部关系，则按一个人或共同行为人为一方与其他民事主体发生的民事法律关系对待。如涉及纠纷诉讼事务时，业主委员会在取得全体业主授权后，可作为全体业主代表参加民事诉讼活动，其诉讼活动的结果也应归全体业主。通过法律、法规对业主委员会的解释，以及业主委员会的职责来分析，业主委员会的法律性质应为非法人组织。至于业主委员会的登记问题，应当明确该种登记仅为行政登记而非民事登记。

因此，业主委员会的性质可以概括为民间的非法人组织。

三、业主委员会的产生

业主委员会是在房地产行政主管部门指导下成立的，业主大会选举产生的，由业主代表组成的代表业主利益、监督物业管理公司工作的民间组织。依据我国《物业管理条例》的规定，同一个物业管理区域内的全体业主，应当在物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门的指导下，成立业主大会并选举产生业主委员会。根据物业管理区域内物业规模的大小，通常情况下，业主委员会的委员可设5—15人，也可由业主大会决定适当的增减，但最低不得少于5人。

（一）业主委员会委员的资格

业主大会在选举产生业主委员会时，应当推举那些热心公益事业、责任心强、具有一定组织能力的业主担任业主委员会委员。依据《业主大会规程》的规定，业主委员会的委员应当符合下列条件：(1)本委员会管理区域内具有完全民事行为能力的业主；(2)遵守国家有关的法律、法规；(3)遵守业主大会议事规则、业主公约，模范履行业主义务；(4)热心公益事业，责任心强，公正廉洁，具有社会公信力；(5)具有一定组织能力；(6)具备必要的工作时间。

依据《业主大会规程》的规定，业主委员会应当自选举产生之日起3日内召开首次业主委员会会议，推选产生委员会主任1人，副主任1—2人。

（二）业主委员会委员的变动

为了充分发挥和调动业主委员会委员的积极性，依据有关规定，业

主委员会任期届满2个月前，应当召开业主大会会议进行业主委员会的换届选举；逾期未换届的，房地产行政主管部门可以指派工作人员领导其换届工作。原业主委员会应当在其任期届满之日起10日内，将其保管的档案资料、印章及其他属于业主大会所有的财物移交新一届业主委员会，并做好交接手续。

经业主委员会或者20%以上业主提议，认为有必要变更业主委员会委员的，由业主大会会议做出决定，并以书面形式在物业管理区域内公告。但业主委员会委员有下列情形之一的，经业主大会会议决定通过，可终止其业主委员会委员的资格：(1)因物业转让、灭失等原因丧失业主资格的；(2)无故缺席业主委员会会议连续3次以上的；(3)因疾病等原因丧失履行职责能力的；(4)有犯罪行为的；(5)以书面形式向业主大会提出辞呈的；(6)拒不履行业主义务的；(7)其他原因不宜担任业主委员会委员的。业主委员会委员资格因故终止的，应当自终止之日起3日内将其保管的档案资料、印章及其他属于业主大会所有的财物移交给业主委员会。

（三）业主委员会委员的权利和义务

业主委员会产生后，成为业主委员会的每一位委员均享有以下权利：(1)在业主委员会内享有选举权、被选举权、表决权；(2)对业主委员会的有关事项享有参与、发表意见和决策的权利；(3)对业主委员会组织的有关活动依法享有参加权；(4)对业主委员会的工作有建议和批评权；(5)对业主委员会及负责人的行为和活动享有监督权。业主委员会委员在享有上述权利的同时，必须履行以下义务：（1）遵守业主委员会章程；(2)执行业主委员会的各项决定和任务；(3)严格履行其职责；(4)积极、主动地参加业主委员会的各项活动；(5)在丧失委员资格后，应妥善移交有关档案和资料。

（四）业主委员会的备案

为了加强对业主委员会的管理，以便更好的维护业主的合法权益，我国《物业管理条例》规定了成立业主委员会实行备案制度。依据该条例第16条的规定，业主委员会应当自选举产生之日起30日内，向物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门备案。进行备案时，业主委员会必须向房地产行政主管部门提交业主委员会申请登记书、业主委员会委员名单、业主委员会章程、办公场所证明文件、物业管理区域证书以及其他需要的材料。

四、业主委员会的地位和职责

业主委员会的地位是作为业主大会的执行机构。在理解和掌握业主委员会的地位时，最主要的是要搞清楚业主委员会、业主大会与区分所有权人之间的法律关系。区分所有是指多数所有人对于建筑物的各自独立用途部分的所有和对于共用部分的共同所有的总称。依据民法基本原理，区分所有实际上是对建筑物独立用途部分的所有与共同部分的共同所有的结合。从共同所有来看，它类似于共用，因其所有人为数人，多数人对建筑物的共用部分有共同使用、共同管理和共同维护的权利和义务。但区分所有与共用又有所不同，其主要区别在于：首先，区分所有的标的物必须是建筑物，而共用的标的物并不限于建筑物。其次，区分所有的标的物必须是含有独立用途部分和共用部分的建筑物。如果某建筑物作为一个独立整体使用，并无独立用途部分和共用部分的存在，则不存在区分所有。再次，区分所有中，对独立用途部分。的所有与共用部分的共同所有是互为条件，二者不可分离。因为在该类建筑物的设计中，对独立用途部分的使用离不开对电梯、通道、给排水设施、通风、气电等共用部分的使用。从二者关系来讲，独立用途部分离不开共用部

分，而共用部分又服务于独立用途部分。从权利的角度来看，各所有人对独立部分的所有不能离开共用部分的共用权而完全独立作为单一所有权；共用部分的共有权也不可能离开独立部分的所有权而作为完全独立的共有权。此外，区分所有人的所有权仅是及于其独立用途部分而不能及于建筑物的全部，且区分所有权人对共用部分的共用不得请求分割。

由此可见，区分所有权人、业主大会、业主委员会之间存在着密不可分的关系，业主大会是区分所有权人的最高权力机关，而业主委员会是业主大会的常设组织，负责在业主大会的授权下处理小区的日常事物。

业主委员会有其产生和存在的必然性。因在建筑物区分所有权法律制度下，同一建筑物的区分所有权人因对共有部分的持份权从而拥有了对该建筑物共有部分的管理权。而建筑物区分所有权法律制度下的持份权的不可分性又决定了共有部分的管理必须由全部区分所有权人共同行使，并要体现大多数区分所有权人的意志。

由于我国物业管理是从过去的政府行政行为转变而来的，其本身带有浓重的政府机构的特色，从而导致业主委员会亦受行政行为的过多干预，如有的地方制定的物业管理条例就明确规定业主委员会必须包括政府主管部门及政府相关部门的代表，甚至要求业主委员会所做出的有关决定必须由政府相关部门审定方可实施。另一方面，有的地方政府又赋予业主委员会享有部分政府机构职能，使得业主与业主委员会的关系变成了服从与被服从的关系，从而导致业主委员会的地位和职能模糊不清。当然，从权源上来讲，正是由于物业管理权来源于区分所有权人对共有部分的持份权，因此，可以作为物业管理委托人的只能是区分所有权人。而业主委员会作为区分所有权人的代表，其主要职能必然是代表和维护全体区分所有权人在物业管理活动中的权益。

依据《物业管理条例》第15条的规定，业主委员会应当履行以下职责：

1.召集业主大会会议，报告物业管理的实施情况。除首次业主大会

外，业主大会每年至少召开一次。而每年度召开业主大会会议时，业主委员会应当于会议召开15日以前，将业主大会召开会议的时间、地点、内容、方式以及其他事项予以公告或者送达每位业主。如果是住宅小区的业主大会会议，业主委员会还应当同时告知相关的居民委员会，以接受居民委员会的指导。会议由业主委员会筹备、召集和主持。会议期间，业主委员会应当向业主大会报告本物业管理区域内物业管理的实施情况，并做好大会会议记录，以备待查。实践中还有一些特殊情况，如发生重大事故或紧急情况需要及时做出处理的，业主委员会有权依照有关规定召集和主持业主大会的临时会议。

2.代表业主与业主大会选聘的物业管理企业签订物业服务合同。选聘、续聘及解聘物业管理企业本是业主大会的职责，然选聘、续聘及解聘物业管理企业合同的签订，则是由业主委员会代表业主来签订的。选聘物业管理企业是指物业投标人通过公开招标、邀请招标或者协议方式，并进行比较后选择聘请具有相应资质的物业管理企业。而续聘物业管理企业则为物业服务合同期限届满时，在同等条件下对物业企业的再次聘用。解聘物业管理企业在实践中主要有以下情形：（1）自然解聘，即双方订立的物业服务合同期限届满后未在续期。（2）提前解聘，即在合同履行期间，因特定事由的出现而使得合同的效力提前终止的情形。关于提前解聘中的特定事由，依据我国《合同法》的有关规定，包括两种：一种是约定事由，即合同的当事人通过行使约定的解除权或者双方协商一致而终止了合同的效力。另一种是法定事由，即在合同履行过程中，出现了法律直接规定的事由，从而引起了合同效力的终止。如合同履行过程中，因不可抗力致使不能实现合同的目的；在合同履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要的债务；在合同履行过程中，当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的；当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的等等。当然，业主委员会在签订所有与物业管理有关的合同时，必须代表和维护全体业主的合法权益，不得利用业主委员会委员的便利条件损害业主的利益。

3.及时了解业主、物业使用人的意见和建议，监督和协助物业管理企业履行服务合同。业主委员会应当根据物业管理合同的规定，并结合物业管理企业的年度计划，除在业主大会上听取业主及相关部门的意见外，在日常工作中亦应广泛听取和了解广大业主及物业使用人的意见和建议。监督、检查物业管理企业的工作落实情况，并审核物业管理企业的各种年度报告。尤其是要严格依照合同的约定，监督物业管理企业履行物业服务合同的各项义务。同时，也要对广大业主做好广泛的宣传教育工作，使得每一位业主亦能严格按照合同的要求履行各自的义务。

4.监督业主公约的实施。业主公约是全体业主共同约定、互相制约、共同遵守的有关物业的使用、管理、维护以及公共利益等方面的行为准则。业主公约是由业主大会制定的，但公约的实施以及在实施过程中的修改及补充则是业主委员会的一项主要任务。尤其是对业主公约的实施负有监督的职责。

5.业主大会赋予的其他职责。业主委员会除上述职责外，还负有业主大会赋予的其他职责。主要包括：（1）反映职责。即业主委员会在遵守国家有关物业管理法律、法规及相关政策的前提下，有权依照物业管理合同的约定并根据本物业管理区域内的实际情况，向业主大会提出有关业主共同事务的建议，向物业管理企业以及物业管理行政主管部门和有关机关、单位及时反映业主的意愿、意见和建议。并有权组织对业主公约和业主委员会的章程进行修改和补充，但修改和补充的条款必须经过业主大会的审议方可生效。（2）管理职责。即代表全体业主掌管辖区内物业附属部分及居住环境的统一管理；负责物业附属部分的收益、专用基金、办公经费及活动经费的使用和管理；负责其他与物业管理有关的合同的订立和管理等。（3）审核职责。即根据业主大会的授权，审议决定无需提交业主大会表决通过的事项；审议物业管理服务费的收费标准及事项，物业服务年度计划，财务预算、决算；专项维修资金的筹集、使用和管理等。（4）执行职责。即代表全体业主执行业主大会的决议和业主委员会的决议；负责实施自治管理的有关制度和措施；向全体业主公开业主委员会的工作事务报告、会计报告、结算报告

及其他管理事项；协助有关主管部门和机关做好本区域内行政管理工作及社区文明工作等。（5）监督职责。即业主委员会监督物业管理企业的受托服务工作，监督合同的履行情况，制止任何损害业主权益的活动和行为等。（6）调处职责。即调解物业管理活动中的各种纠纷，包括前期物业管理纠纷、物业使用纠纷、物业维修养护纠纷、物业管理服务纠纷、物业管理企业与各专业管理部门职责分工的纠纷、物业租赁纠纷、物业买卖纠纷、物业相连关系纠纷以及政府部门在进行物业管理过程中所发生的各种纠纷等。凡涉及诉讼是物业管理纠纷，业主委员会应代表全体业主独立参与诉讼活动，并独立充当原告或被告。

除了上述的业主委员会的基本职责外，为了进一步明确业主委员会的地位和职责，《物权法》还就业主委员会决定的效力范围及效力限制问题作了明确规定。

《物权法》第78条第1款规定："业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤消。"这是对于业主委员会权威性的进一步确立，同时也是对业主委员会权利的约束。这是与上述业主委员会的性质及其职责所决定的。

业主委员会属于业主团体自治管理性质的组织，所谓自治管理，是指特定物业的复数业主对该物业共用部位的共用权资本，依法组成业主社团凭借对该共有物业的复有权和业主们的成员权，通过一定的民主决策程序使全体业主的共有意志以业主公约的和其他管理规约形式表达出来，并形成具有组织性纪律性的制度，从而依靠业主们民主制度、自律制度、公益保障制度和国家法制支持制度，来实现组建和运作团体的目的的一种由特定物业业主们形成单元性的社会的组控方式。因而，《物权法》的这条规定，从法律层面上明确了业主有服从业主大会和业主委员会决定的义务。对于一些业主以其没有参加业主大会或者业主委员会的会议为由，提出与业主大会或者业主委员会的决定事项相反的意见，并且要求法院支持其请求的情况，业主大会或业主委员会的决定，只要

是在符合法定人数或者具有投票权的业主参加，所作出的涉及小区事项的决定，对该小区所有业主都发生效力，具有约束力，所产生的权利和义务都必须享有和承担，单个业主或者部分业主以其未参加会议为由提出的主张不能得到支持。这既是由业主委员会的性质决定的，更是维护民主决策的权威性。

同时，在建筑物区分所有的情形下，业主的合法权益的内容非常广泛，涉及多方面的权利和利益。根据《物权法》第70条的规定，业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。业主享有的专有权、共有权和成员权受法律保护，不受任何单和个人侵犯。业主大会或者业主委员会的决定限制或者剥夺了业主合法权益的，自该决定作出后，业主有权请求人民法院撤消该决定。关于业主请求撤消该决定的期限以及从何时开始计算期限问题，我认为，可以将《民法通则》有关可撤消的民事行为原理以及民法通则意见规定的可撤消的民事行为，自行为成立时起超过一年当事人才请求撤消的不受法律保护的规定，适用于《物权法》中的类似情形。

此外，为了充分发挥业主委员会的职责，维护小区内最广大业主的合法权益，《物权法》还增加了业主委员会对业主行为的管理的职责。

《物权法》第83条规定："业主应当遵守法律、法规以及管理规约。业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。"

区分建筑物作为一个整体物是由各彼此相对独立又相互毗连的部分（单元）有机构成，各部分归属于不同的所有人（含占有人）所有（含占有）。这种建筑物构造和权利归属上的特点，导致各部分的所有人在行使其对所有部分（含专有和共有部分）的权利时，不可避免地会相互

之间发生冲突。这种冲突的结果反过来又会危及各所有人对其所有部分权利的行使。例如，部分所有权人拒付物业管理费，导致物业服务企业无法按照约定对小区环境进行维护和修缮，从而损及其他区分所有权人的利益；个别区分所有人对其专有部分进行不当装修、改造，破坏了区分建筑物的结构、承重部分，从而危及整个区分建筑物的安全，等等。这就需要对业主权利的行使进行限定，由此便产生了区分建筑物所有权中的成员权，该权利主要是指建筑物区分所有权人基于在一栋建筑物之构造、权利归属及使用上的不可分离共同关系而产生的，作为建筑物的一个团体组织的成员所应享有的权利与承担的义务。对这种成员权，也可以理解为物业管理方面的权利，即每个区分所有权人所拥有的对于建筑物有关的物业管理所享有的权利。确定该权利的目的，在于限制区分所有权人个人权利的极度膨胀，并防止由此而产生的对全体区分所有权人共同利益的损害，立法上为强调对区分所有权人个人权利的制约及对团体利益的重视，广泛承认各区分所有权人作为团体组成部分的成员权，加强区分所有权人的集会功能，并借助管理团体的力量订立相关的管理规约，以管理区分所有权人之间的维护、修缮等共同利益事项。各区分所有权人为了实现使用其专有部分的目的，而必须使用共用部分；各区分所有权人在行使其专有权部分权利时，也不得妨碍其他区分所有权人对他们专有部分的使用，更不得违反全体区分所有权人的共同利益。

依照上述论述，成员权既有“物法性”，又有“人法性”。其“物法性”特征主要表现在其对区分建筑物的管理上，如对区分建筑物的维护、修缮、改良等；其“人法性”特征主要表现在其对各区分所有人的权利义务行为的制约上，如多数区分所有权人通过的决议的效力及于少数区分所有权人，对建筑物使用不当行为、毁损行为的管理等。

成员权的行使，在全体区分所有权人之间形成一种共同体关系。为维系该共同体关系的存在，尤其为管理相互间的共同事务及共用部分的使用效益，就需要构成一个团体组织，以借助该团体组织的力量，共同管理共用设施等共用部分及其他相关的共同事务，从而维持区分所有权

继续存在的机能。业主大会和业主委员会正是这样一个为代表全体业主更好地行使建筑物区分所有权中的成员权而成立和存在的组织。《物业管理条例》规定：物业管理区域内全体业主组成业主大会，并选举产生业主委员会，业主委员会是业主大会的执行机构。业主大会主要职能是通过制定业主公约等内部规章及决定物业管理公司等权利，行使对物业管理的职能。为实现业主通过业主大会和业主管理委员会实现对物业管理的目的，业主应当遵守业主大会制定的管理规约，同时要赋予业主大会和业主委员会对建筑物规划范围内小区的管理职能。业主大会和业主委员会在本质上属于业主对所拥有的物业进行管理而建立的自治性组织，设立业主自治机构的主旨是为有效运作业主的自治管理。因此，业主大会和业主委员会享有了一部分建筑物区分所有权衍生的权利。

第83条第一款依照成员权的属性特征，规定业主在行使权利时，应当遵守法律、法规以及管理规约。在业主具有本条第二款规定的损害他人合法权益行为时，应当承担停止侵害、消除危险、排除妨碍、赔偿损失的民事责任。

同时，第83条第二款从业主大会和业主委员会的管理职能出发，规定业主大会和业主委员会对任意弃置垃圾等损害他人合法权益的业主行为，有权按照法律、法规以及管理规约，享有要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失的请求权。

第83条第三款对业主权益受侵害时享有的诉权进行了规定。

第83条第二款虽然规定了业主大会和业主委员会的管理权能，但并不能因此确定业主大会和业主委员会就可以对管理事项享有诉权，并因此具有诉讼主体资格。对于业主大会和业主委员会是否具备诉讼主体资格，理论界及实务界一直存在争议。在审判实务界中，一般否定业主大会具备诉讼主体资格，但对于业主委员会是否具备诉讼主体资格，有不同观点，第一种观点认为，经主管部门审查同意并依照《社会团体登记管理条例》进行登记的业主委员会为合法的社团法人，代表住宅小区全体业主的合法权益，具有诉讼主体资格。第二种观点认为，业主委员会

符合“其他组织”条件，就房地产开发企业未向业主委员会移交住宅区规划图等资料、未提供配套公用设施、公用设施专项费、公共部位维护及物业管理用房、商业用房的，可以自己名义提起诉讼。即规定业主委员会对某些业主权利享有诉权。第三种观点认为，业主委员会不具有诉讼主体资格，不能以自己的名义提起诉讼。业主委员会依法针对物业管理、物业服务等事项进行监督，不能取代全体业主以民事权利主体的身份直接参加民事诉讼活动。对于业主大会及业主委员会是否具有诉讼主体资格问题，物权法草案中也有不同的表述。物权法草案（三次审议稿）第87条规定，对侵害业主共同权益的行为，对物业服务企业等违反合同发生的争议，业主会议经2/3以上业主同意，可以以业主会议的名义提起诉讼、申请仲裁；业主也可以以自己的名义提起诉讼、申请仲裁。《物权法（草案）》四次审议稿第86条规定，对侵害业主共同权益的行为，对物业服务企业等违反合同发生的争议，经专有部分占有建筑物总面积过半数的业主或者占总人数过半数的业主同意，可以以业主大会或者业主委员会的名义提起诉讼、申请仲裁；业主也可以以自己的名义提起诉讼、申请仲裁。正式颁布的物权法中删除了有关业主大会和业主委员会享有诉讼主体资格的规定。这一立法变化的主要原因在于，依照《物业管理条例》的规定，业主委员会并不拥有自己独立的财产，不能独立承担民事责任，其活动的后果将归于全体业主，民事责任最终由全体业主承担，因而不宜确定业主大会和业主委员会具有民事诉讼主体资格。

因此，我认为，依照物权法立法变化过程，业主大会和业主委员会不享有诉讼主体资格，结合本条而言，业主大会和业主委员会对其享有管理权的事项，并不当然享有诉权。在业主利益受到损害时，业主可以采用诉讼代表人等方式提起诉讼，进行解决。

五、业主委员会章程及会议

业主委员会章程是业主委员会进行各项行为和活动的规范性文件。业主委员会章程依据国家有关法律、法规和政策的规定，参照有关业主委员会章程《示范文本》的格式和内容，结合本物业管理区域内的实际情况，在广泛征求和听取业主意见、建议的基础上起草制定。经业主大会或者业主代表大会讨论通过后方可生效。根据业主委员会章程《示范文本》的内容以及实践中的做法，业主委员会章程一般包括以下内容："（1）业主委员会的名称、地址、物业管理区域的范围；（2）业主委员会的性质、主管部门以及其设立的目的；（3）业主委员会的组织机构及各部门的职责范围；（4）业主委员会委员的资格条件以及委员产生的程序；（5）业主委员会的权利和义务；（6）业主委员会的经费来源及财务管理制度；（7）业主委员会的工作制度以及会议规则；（8）业主委员会委员资格的变更与终止；（9）业主委员会的组织原则；（10）业主委员会章程生效、修订及补充等有关事项。

业主委员会的会议制度，是业主委员会正常行使自己权利和履行自己义务的重要手段。业主委员会会议通常分为常规会议和特别会议。常规会议系业主委员会召开的例会，通常情况下每季度召开一次。特别会议是在有1/3的委员提议或者是业主委员会的主任认为有必要时所召开的会议。为了更好的让每一位业主委员会的委员了解和掌握召开会议的内容和目的，每次召开业主委员会会议前，会议的召集人应当提前7日将会议通知书及相关材料送达每位委员。如果有的委员因故无法出席会议，可一次性书面委托代理人参加会议，并依法代替行使表决权。依据《业主大会规程》的规定，业主委员会会议应当作书面记录，由出席会议的所有委员签字后备案。在人数方面，业主委员会会议应当有过半数委员出席，作出的会议决定必须经全体委员人数的半数以上同意。业主委员会所作出的一切决定应当在物业管理区域内公告，并应告知相关的居民委员会，以听取居民委员会的建议。

（原载于《安徽大学法律评论》2007年第1期）

论我国归责原则体系
——兼论我国侵权行为类型体系的基本构造

在我国侵权行为法的立法过程中，如何划分我国侵权行为的基本类型，是目前争议较多的问题。笔者欲就此问题谈谈自己的一些看法。

一、侵权行为类型化的划分标准

在研究我国侵权行为的基本类型问题上，首先要解决的应该是侵权行为类型化的划分标准问题。只有确定了一个科学的符合我国国情的划分标准，才能使得我国侵权行为的基本类型的划分问题迎刃而解。

所谓标准者，衡量事物之准则也。[注]任何事物的划分必须有一个统一的标准，这个标准既是一个准则，也是一个衡量的尺度。从侵权法上来讲，构成侵权法核心内容的归责原则，乃是划分侵权行为类型的基本标准。

所谓归责，学者们有不同的观点，如有一种观点认为，所谓归责，即确认和追究侵权行为人的民事责任。[注]另一种观点认为，所谓归责，是指责任的归属，即由谁来承担责任。它是一个复杂的责任判断过程，它的含义不同于责任。责任是归责的结果，责任成立与否，取决于行为

人的行为及其后果是否符合责任的构成要件。[注]有的学者，在对中外学者关于归责的观点进行综合、分析的基础上提出了自己的见解，认为，归责是指行为人因其行为和物件致他人损害的事实发生以后，应依何种根据使其负责，此种根据体现了法律的价值判断，即法律应以行为人的过错还是应以已发生的损害结果为价值判断标准，抑或以公平考虑等作为价值判断标准，而使行为人承担侵权责任。[注]此观点总结了归责的基本特征和深刻意义，应为较为全面的观点。它反映了归责概念的基本的法律意义：[注]

其一、归责的根本含义是确定责任的归属，即决定侵权行为所造成的损害结果的赔偿责任的归属。如果没有归责的过程，侵权行为所造成的损害后果就无人来承担。

其二、归责的核心是标准问题，即决定何人对侵权行为的结果负担责任时应依据何种标准，该标准即某种特定的法律价值判断因素。侵权行为的归责，就是针对侵权行为的不同情况，分别依据这样不同的法律价值判断因素，将赔偿的责任归属于对此损害负有责任的人来承担。

其三、归责与责任不同，归责是一个过程，而责任是归责的结果。

由上可知，归责在侵权行为法是一个十分重要的概念，它是确定侵权行为责任归属的标准和依据。因此，归责原则就是确定侵权行为人损害赔偿责任的一般准则。它是在损害事实已经发生的情况下，为确定侵权行为人对自己的行为所造成的损害是否需要承担民事赔偿责任的原则。它在侵权法占有着十分重要的地位：它是确定行为人的侵权民事责任的根据和标准，也是贯穿于整个侵权行为法中、并对各个侵权法规范起着统帅作用的立法指导方针。体现了国家的侵权立法政策，表现了侵权法的规范功能。[注]

具体说来，归责原则在侵权法中的地位和作用，可以归纳为以下几个方面：

1、归责原则是民法的平等、公正、正义、等价等基本原则在侵权

法中的具体体现。

2、归责原则是具体侵权行为规范的统帅和灵魂，是侵权行为法规范适用的一般准则，所有的侵权行为法的规范都必须接受归责原则的调整。

3、归责原则是司法人员处理侵权纠纷的基本准则。在司法实践中，司法人员只要掌握了归责原则，就把握了处理侵权纠纷的基本原则，就可以将千差万别的侵权纠纷归纳为几种类型，用不同的归责原则去处理，就会找出正确的处理方法。

4、归责原则是宣传侵权法的最直接的钥匙，只要向群众讲明白了它的基本内容和体系，群众是很快会理解的，这样就会使得侵权法的宣传得到事半功倍的效果。

由此可见，归责原则在侵权法中居于重要地位。侵权行为法规范基本上是围绕着责任而确定的。由于归责原则又是责任的核心，因此，归责原则便成为侵权行为法的基础。也就是说，一定的归责原则决定着侵权行为的分类，也决定着责任构成要件、损害赔偿的原则、减轻责任的根据，等等。确定了合理的归责原则，建立了统一的归责原则体系，也就是构建起了整个侵权行为法的内容和体系。因此，归责原则既是判断责任归属的规则和标准、根据，也是划分侵权行为类型化的标准。

所谓类型化，就是将具有共同性质和特点的事物，按照统一的标准或者规律，分门别类地排列、组合起来，使其形成具有内在逻辑联系的体系。侵权行为的类型化，即是将现实中已经或可能发生的具体的侵权行为，根据它们的共同性质和特点，按照共同的标准，用通读易懂的语言，依一定的体系，将其分门别类地规定在侵权法中，以便于群众及法官的学习、掌握和适用。若要达到此目标，在研究侵权行为类型的划分时应该注意以下几个问题：

其一，所有侵权行为类型能够做到一目了然，并且要穷尽侵权行为的全部类型。

其二，详细规定各种侵权行为类型，在司法上具有极强的可操作性，以避免出现对法律理解不一致的问题，造成司法和执法的混乱。

其三，尽量注意各种类型排列的逻辑性。逻辑性是法律生命力的来源之一。如果法律缺乏逻辑性，其生命力就不强。

其四、认真学习、借鉴外国的立法经验，不仅要关注发达国家的经验，还要关注新兴的其他国家的立法经验，比如俄罗斯、埃塞俄比亚、越南、波兰、巴西等国家的立法经验，这些国家有的正在进一步完善自己的民法体系，有的和我国相类似，正在探索符合他们国情的民法制度。而他们的经验则正是我们所较少或根本就不了解的，而恰恰是他们的国情可能与我国有很多相似之处。这应该引起我们的重视。

综上所述，作为侵权行为法规范的统帅和灵魂的归责原则，既是所有的侵权行为法规范适用的一般准则，又是判断责任归属的规则和标准、根据和划分侵权行为类型化的标准。

二、我国归责原则体系

所谓归责原则体系，是指各归责原则所组成的具有内在逻辑联系的系统结构。归责原则体系的建立，不仅是充分发挥单个的归责原则的综合调整作用的前提，而且也是构建侵权法的系统结构，使侵权法规范符合“形式合理化”要求的必备条件。衡量一个国家的侵权法体系是否完整、合理，在很大程度上取决于其合理的归责原则体系是否建立。㊟因此，归责原则是研究侵权法的一个重大课题。

关于归责原则的体系问题，民法学界存在着种种观点。从西方国家的传统来看，主要有以下三种原则模式：

1、法国法的单一原则模式

这一模式是以《法国民法典》第1382条和1383条的规定为代表的，它包括了一般的过错责任原则和推定的过错责任原则，后者可以看作是对过错责任原则的补充。但法国经过历次补充修改，法国现在已经不是单一的归责原则了，无过错责任原则也成为一项重要的侵权责任原则。

2、德国法的多重原则模式

德国法在坚持过错责任原则的基础上，也承认危险责任，即无过失责任（以特定危险的实现为归责理由）㊟。

3、英美法的无限多重原则模式

英美法国家规定了庞杂的侵权行为类型。在英国，没有一般侵权行为责任的法律原则，通常把侵权行为分为7种：对人身安全和自由的侵权行为；对于个人名誉的侵权行为；对于财产的侵权行为；干涉家庭关系、合同关系和商业关系的侵权行为；欺骗行为；过失行为；法律程序滥用等。美国通过判例确立了侵权行为法的过失责任、严格责任。除了产品侵权责任、危险活动责任和动物致害之外的其他类型的侵权行为，基本上都适用过错责任原则。

但是，随着科学技术的巨大进步和社会结构的日益复杂，在侵权法的发展中，两大法系出现了相互融合的趋势。大陆法侵权法的单一原则向多元化发展，逐步采纳多重原则，英美法的无限多重原则也向有限多重原则发展，从而，逐步形成了侵权行为法的完整的归责原则体系。

在我国，在关于侵权行为法的归责原则的构成的问题上，存在着一元论、二元论和三元论等多种观点。

1、一元论观点，即以单一的过错责任原则构造中国民事责任制度

体系。[注]

2、二元论观点，即过失原则与无过失原则并存。[注]

3、三元论又分为三种观点：（1）一般侵权损害适用过错责任原则，特殊侵权损害适用无过失责任原则，无行为能力的人致人损害而监护人不能赔偿的特别案件适用公平责任原则。[注]（2）过错责任原则；过错推定原则；公平责任原则。[注]（3）过错责任原则；过错推定原则；无过错原则。[注]

比较上述各种观点，单一的归责原则不符合社会经济发展的要求，也与各国归责原则多样化的发展趋势相背离。我国《民法通则》也采取了德国的多重原则模式的体系，已经排斥了单一的过错责任原则的观点。

归责原则体系具有如下特点：第一，普遍适用性，它可以统帅全部的侵权法规范，当然具有普遍的适用性。第二，具有内的逻辑联系，各归责原则之间是相互作用和相互补充的，不能够自相矛盾，甚至抵触。第三，体现侵权法的全部功能，即补偿功能、预防功能和惩罚功能。归责原则体系就是应该以协调侵权法各项功能之间的冲突为己任，发挥侵权法在调整社会生活中的作用。

与侵权法发展趋势相一致，我国侵权法中的归责原则体系应当采取多元的归责体系，即将过错责任与严格责任作为并行的两个基本的归责原则。

（一）过错责任是普遍适用于于各种侵权行为的一般原则。

过错责任有着它古老的发展历史。在中国尧舜时代，就已经形成了“眚灾肆赦”的处罚原则。到西周时，有“三宥制度”。在公元前18世纪的《汉穆拉比法典》中，有所谓因“不慎”、“怠于”、“疏忽”等过失，而必须负赔偿责任的规范。而过失责任原则真正被以法律形式肯定下来的，还是罗马法时期。公元前287年产生的《阿奎利亚法》已经明确规

定了过失责任的内容：其一，指出过失为归责的依据，凡是因行为人的疏忽大意的过失，给他人造成损害的，行为人都要负责任。其二，规定对偶然事件不负法律责任，即“无过错不受处罚”规则。其三，由于受害人的过失引起损害发生，加害人没有过错，不负责任。其四，以客观标准确定行为人有无过错。1804年的《法国民法典》第1382条确立了过错赔偿的一般原则和过失责任的一般条款。以后的《奥地利民法典》和《德国民法典》也相继采纳了过失责任原则。只是后者作出了对绝对权利的不法侵害，违反他人之法律，违背善良风俗加损害于他人等规定，以补充过失责任之不足。我国《民法通则》第106条第2款确立了过错责任原则。在侵权法中，过错责任不仅以过错作为归责的构成要件，而且以过错作为归责的最终要件。因此，凡是法律没有规定适用其他归责原则类型的情况下，原则上都应该适用过错原则。过错原则作为一项基本的归责原则，是不应该有疑义。因为它是构成侵权行为的基本依据。

（二）严格责任适用于法定的特殊侵权行为。法律设定严格责任的目的是为了加强对受害人的保护，以弥补由于过错责任的僵化而对受害人保护不足的缺陷。

严格责任是在英美法中广泛适用的概念，在大陆法系国家与此相对应的是危险责任、客观责任。在严格责任中，主要考虑的是被告的行为与损害之间的因果关系问题。它实际上是过失责任之外的一种独立的责任形式。它已经成为欧洲国家侵权行为法的一个共同特征。

学界关于严格责任的概念有几种不同的观点，有的学者认为严格责任即无过错责任，还有的学者认为严格责任主要是危险责任，也有学者认为严格责任就是一种法定的过错推定责任，等等。在这里，应该澄清以下几个概念。

第一，严格责任与无过错责任

依通说，无过错责任就是严格责任，或者风险责任。它是指在法律

有特别规定的情况下，以已经发生的损害结果为价值判断标准，由与该损害结果有因果关系的行为人，不问其有无过错，都要承担侵权赔偿责任的归责原则。注在法制史上，首先确认无过错责任原则的是普鲁士王国。它在1838年制定的《铁路法》中规定了这一原则，后来又在《矿业法》中确定了该原则。此后，德国、法国、英国、美国、前苏联等国都相继以立法或判例的方法，确认了这一原则，使之成为一个通行的归责原则。我国《民法通则》第106条第3款、第121条至127条规定了该原则的基本概念和适用范围。因此，该原则已经成为一项独立的归责原则。

第二，严格责任与危险责任

危险责任中的“危险”仅指特别的危险，而不包括普通的物件致人损害的责任，而严格责任则可以将其包括在内。某些责任不存在“危险”，但这些责任是严格的，如雇主对雇员的责任、专家责任。因此，严格责任概念是危险责任概念所不能替代的，严格责任可以涵盖危险责任。

第三，严格责任与过错推定责任

过错推定概念主要是在法国法中采用的，至今并没有成为一种被普遍采纳的概念，它还包括一般的过错推定与特殊的过错推定两种形态，严格责任实际上就是其中的特殊的过错推定。其主要表现在：如果被告人不能举证证明其具有法定的抗辩事由，则推定其具有过错。即行为人只有证明损害是由于受害人的过错、第三人的行为和不可抗力造成的才能被免除责任。在这个倒置的过程中，因为行为人不能够举证证明法定的抗辩事由存在，就推定其是否有过错，从而应当承担责任。所以，严格责任和过错推定没有本质的区别。因此，没有必要将过错推定作为一项独立的归责原则。

从当代社会经济发展来看，严格责任应当成为一项重要的归责原则。其理由：

1、严格责任符合现代和未来侵权法的发展趋势。随着社会经济的进步，社会生活中的个人风险越来越普遍，个人更易遭到来自社会组织的危险和损害，需要通过严格责任来强化对受害人的保护。特别是随着保险制度的发展也为严格责任的进一步发展奠定了良好基础。

2、严格责任可以适用于多种特殊的侵权行为。我国《民法通则》所规定的各种特殊侵权行为责任，大多为严格责任。随着社会经济的发展，严格责任的适用范围也会逐步扩大。

3、严格责任所固有的特点和功能是过错责任原则所不可替代的。特别是严格责任在解决危险活动中风险的分配和损害的负担上所起的巨大作用，是过错责任所不具有的。如，高空作业、核能发电等事业，其本身体现了公益性和社会性的特点，但其本身又可能给社会造成危险，通过严格责任可以协调好各方利益。

4、严格责任其自身具有独立的存在价值。在法院的司法实践中，严格责任已经成为一项重要的归责原则，起着举足轻重的作用。

综上所述，笔者认为，应当将严格责任原则作为一项独立的归责原则。

（三）关于公平责任原则是否能够成为一个独立的归责原则问题

关于这个问题有两种主张，一种观点是赞成公平责任原则可以成为一个独立的公平原则，另一种观点是反对将公平原则作为一个独立的归责原则。赞成者的主要理由是：公平原则既不同于过错责任也有别于严格责任，其具有相当的特殊性与功能，并且该原则具有自身独有的适用范围，所以，公平责任应当成为一项独立的归责原则。[注]反对者的理由是：（1）《民法通则》没有规定公平责任原则就是一个归责原则；（2）调整的范围过于狭小且不属于严格的侵权行为；（3）在实践中双

方都无过错的损害纠纷并非一律适用这个规则。(注)虽然两者的理由都有一定的道理，但是，我还是倾向于第二种观点，即反对将公平责任原则作为一项独立的归责原则。理由除了上述的三个理由外，我认为还有一个理由，即：在整个归责原则体系中，公平责任原则是不能与严格责任原则等量齐观的，因为，在我国侵权法中，过错责任适用一般侵权案件，而严格责任主要适用于法定特殊侵权责任，而公平责任只是在两者适用之外的一种补充性的归责原则，在任何时候都不能将其与前两项原则并列，否则，就违背了归责原则的普适性特征了，而且在逻辑上也存在矛盾。

况且，公平责任带有道德风尚，其调整的范围也很狭窄，完全可以为其他归责原则所包容。如，高楼抛物件致人损害行为，就可以为过错责任原则所包含。

另外，公平责任原则，更多的应是对法官在处理侵权行为纠纷中如何具体判定双方当事人所承担的责任时的一种道义方面的要求，并不能成为一项独立的归责原则。而且从更广泛的意义上来说，应当将公平责任放置于社会法而不是侵权法的范畴。

因此，我认为，公平责任原则不能成为一项独立的归责原则，而只能成为一项对归责原则进行补充的具体操作原则。

综上所述，我国归责原则体系应该包括过错责任原则和严格责任原则两大类型。

三、过错责任原则和严格责任原则的体系结构

（一）过错责任原则的体系结构

过错责任原则适用于一般侵权行为，只有在法律有特别规定的情况下，才不适用过错责任原则，即特殊侵权行为不适用过错责任原则，特殊侵权行为适用严格责任原则。所以，过错责任原则所适用的范围是十分广泛的，几乎涵盖了绝大部分侵权行为，具体可以包括：侵害人身、侵害人格、妨害家庭关系、侵害物权、侵害债权、侵害知识产权、媒体侵权、商业侵权、恶意诉讼、恶意告发、国家公务员侵权、用人者责任、法定代理人责任、专家责任、违反安全保障义务、物件致人损害、事故责任等。其体系结构也应与此相同。

（二）严格责任原则的体系结构

由于严格责任原则的适用会使行为人处于不利的地位，因此，应当采取慎重的态度，根据《民法通则》所列举的8种特殊侵权行为，适用严格责任的范围可以确定为：

1、因产品质量不合格致人损害的侵权责任；

2、从事高度危险行业造成他人损害的侵权责任；

3、污染环境造成他人损害的侵权责任；

4、饲养的动物致人损害的侵权责任；

与此相类，严格责任原则的体系结构也应包括上述内容。

四、我国侵权行为类型体系的基本构造

经过上面分析，我们得出了归责原则应当作为划分侵权行为基本类型的标准的结论，那么，根据我们对于归责原则体系的研究，我国侵权行为法中侵权行为的基本类型可以比照侵权行为归责原则的体系进行划分，即：过错责任的侵权行为可以分为以下17个类型：即：侵害人身、侵害人格及其利益、妨害家庭关系、侵害物权、侵害债权、侵害知识产权、媒体侵权、商业侵权、恶意诉讼、恶意告发、国家公务员侵权、用人者责任、法定代理人责任、专家责任、违反安全保障义务、物件致人伤害、事故责任等。

严格责任的侵权行为可以划分为以下4个类型：

1、产品侵权；

2、危险活动侵权；

3、污染环境造侵权；

4、动物侵权。

（原载于《民商法理论与实践——祝贺赵中孚教授从教五十五周年文集》，中国法制出版社2006年1月第1版。）

---

1. 参见《新华词典》，商务印书馆2001年1月修订第1版，第64页。
2. 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1995年版，第44页。
3. 潘同龙等：《侵权行为法》，天津人民出版社1995年版，第48页。
4. 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第17—18页。
5. 参见杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2004年1月第2版，第110—111页。
6. 王利明：《侵权法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第18页。
7. 王利明《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社2004年9月修订二版，第37页。
8. 王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），中国政法大学出版社2001年7月第1版，第17页。

9. 王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，浙江人民出版社1987年版，第212页。
10. 米健：《现代侵权行为法归责原则探索》，载《法学研究》1985年第5期。
11. 刘淑珍：《试论侵权损害的归责原则》，载《法学研究》1984年第4期。
12. 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第30页。
13. 杨立新：《简明类型侵权法讲座》，高等教育出版社2003年版，第95页。
14. 杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2004年第2版，第135—136页。
15. 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社2004年9月修订二版，第154页。
16. 杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2004年1月第2版，第118—119页。

经营者对服务场所承担安全保障义务的类型及其内容研究

一、经营者对服务场所的安全保障义务的类型的概念及意义

（一）经营者对服务场所的安全保障义务的类型的概念

1、经营者对服务场所的安全保障义务的概念

对于经营者对服务场所的安全保障义务的概念，我认为，应分解为以下几个层次来描述。

首先，应明确安全保障义务的基本概念。

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第6条第1款，安全保障义务是指从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，应尽的合理限度范围内的使他人免受人身、财产损害的义务。简言之，安全保障义务是指从事服务性行业的经营者在经营场所应尽的合理限度范围内的使他人免受人身、财产损害的义务。所谓合理限度，可以理解为法律规定，或者以合同约定，或者属于日常生活中常识性的、一般性的应当注意的安全保障义务，如地面过于湿滑，容易使人滑倒致

伤；停车场明显过于狭小，极易造成停车车辆的碰撞等。

其次，应明确经营者的概念。

所谓经营者，是指在经济活动中，从事住宿、餐饮、娱乐等服务性经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织。这里自然人可以包括筹划、组织、管理企业（公司）的人员，主要包括企业（公司）的管理人员和组织人员。此处的管理人员和组织人员，可以是企业（公司）的主人，也可以是与公司主人有雇佣关系的具体部门或者分部（店）的负责人员。法人包括具有独立经营权的公司、企业。其他组织包括虽然没有独立法人资格，但是实际上具有独立经营权的组织，这里既可以包括分公司，也可以包括经授权的经营单位。其具体的确定标准应当以经营的企业（公司）的性质，其与总公司的关系（是独立经营，还是属于分公司的性质），等各方面的具体情况，来确定应承担侵权责任的经营者。

再次，应明确服务场所的概念。

所谓服务场所，是指为顾客（乘客、客户等）提供一定服务项目的地点和场合。其是与为顾客服务的具体项目所需的环境和条件紧密相连的。例如，商业银行的服务场所一般是银行的营业大厅，歌舞厅的服务场所一般是歌舞厅内的各个包房（间）和接待大厅，饭馆的服务场所一般是客人用餐的饭厅或者包间，旅馆的服务场所一般是客人住宿的房间或者旅馆的走道、电梯内外、接待大厅，影剧院的服务场所一般是观众观看影剧的大厅、包厢和休息场所……。总之，不同性质和类别的服务项目，其服务场所是完全不同的。

综合上述的分析，我认为，可以将经营者对服务场所的安全保障义务的概念概括为：**从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，在为顾客（乘客、客户等）提供一定服务项目的地点和场合，因未尽合理限度范围内的安全保障义务，致使消费者人身、财产造成损害，所应当承担的侵权责任。**

2、经营者对服务场所的安全保障义务的类型的概念

经营者对服务场所的安全保障义务的类型，可以理解为：从法理或者实践的角度，对经营者对服务场所的安全保障义务的类别的划分。所谓从法理的角度，是指依据一定的侵权责任法的理念，对经营者对服务场所的安全保障义务的类别的划分。所谓从实践的角度，则是指从现实生活出发，对在日常生活中经营者因疏忽或者违反对服务场所的安全保障义务而可能发生的对被服务对象造成人身或者财产损害的情形和行为的划分。

从法理的角度一般将经营者对服务场所的安全保障义务分为四种概括性类型，即：装备设施未尽安全保障义务；工作人员未尽安全保障义务；防范制止第三人侵害的未尽安全保障义务；违反因先前行为而产生的安全保护义务。[注]这种划分具有一定的理论根据，在实践中也有一定的可行性。但是，从实践和研究的角度，我认为，还是以上述从实践的角度的方式进行类型划分，可能要更加直接、实用。特别是在目前对于经营者对服务场所的安全保障义务的研究还不是十分深入的情形下，采用从实践的角度方式进行逐一分别研究，可能更加有助于我国侵权责任的立法。本文采取的就是这种研究方法。

本文根据在实践中能够经常接触到的各类公共服务性行业，将经营者对服务场所的安全保障义务的类型划分为以下18类：旅馆、饭店的经营者对旅客承担的安全保障义务；医师承担对病人的安全保障义务；物业管理公司的经营者对业主承担的安全保障义务；餐馆、酒楼的经营者对顾客承担的安全保障义务；商业银行、证券、期货交易场所营业大厅对顾客承担的安全保障义务；停车场的经营者对停车人承担的安全保障义务；歌舞厅的经营者对顾客承担的安全保障义务；雇主就其工作场所对工作人员的安全保障义务；房屋出租人对承租人的安全保障义务；公共交通工具的经营者对乘车人的安全保障义务；机场候机室、码头候船

室、火车站候车室、长途汽车站候车室对顾客的安全保障义务；网吧、咖啡厅、茶馆的经营者对顾客的安全保障义务；洗浴、保健中心的经营者对顾客的安全保障义务；动物园、植物园、公园、自然保护区的经营者对游客的安全保障义务；滑冰场、溜冰场、游泳场（馆）的经营者对顾客的安全保障义务；影剧院、体育馆的经营者对观众的安全保障义务；商场（店）、超市的经营者对顾客的安全保障义务；旅行社的经营者对旅游者的安全保障义务。

（二）对于经营者对服务场所的安全保障义务的类型的研究的意义

首先，有助于厘清经营者对服务场所的安全保障义务与其他侵权责任形态的区别。

其次，有助于更加深入、系统地研究经营者对服务场所的安全保障义务。

再次，有助于在立法中科学地把握违反安全保障义务侵权责任问题。

最后，有助于对于具体案件的分析，把握各案的具体情况，更好地处理、解决各种类型的纠纷。

二、经营者承担安全保障义务各类型之内容分析

（一）旅馆、饭店的经营者对旅客承担的安全保障义务

旅馆、饭店属于公共服务性行业，包括宾馆、饭店、招待所、车马店、客货栈、度假村等不同的形态。近年来，涉及旅馆的旅客人身、财产权益受侵害的案件屡屡见诸报端[注]。旅客人身财产遭受的侵害不仅是侵权之债，而且还有一定的合同关系，也可能是两者的竞合。

所谓旅馆、饭店安全保障义务是指旅馆、饭店所负有的对于进入其服务场所的旅客、客人的人身、财产安全的保障义务。对旅馆、饭店的服务场所负有安全保障义务的主体是旅馆、饭店的经营者，包括旅馆、饭店的所有者、管理者、承包经营者等对该旅馆、饭店负有法定保障义务或者具有事实上控制力的自然人、法人或者其他社会组织。旅馆、饭店的服务场所的范围包括服务大厅、客房、通道、楼梯、厕所、停车场以及附设的各种餐饮、娱乐、健身场所等。与其相对应的旅馆、饭店安全保障义务所保护的客体（权利主体），包括旅馆、饭店的房，潜在的旅馆、饭店的消费者，以及进入该服务场所的任何人。所谓潜在的消费者主要是指尚未正式办理入住手续，正在询问、观望，或者准备入住，或者正在办理入住手续的人。所谓进入服务场所的人，包括正在服务场所停留、坐息、等待客人、用餐、饮茶（咖啡）等人员。依据法理，在旅馆、饭店的服务场所，权利主体的人身、财产安全应当得到安全保障义务主体的保障，即义务人应当对权利主体的人身、财产安全履行相应的作为或不作为。

旅馆、饭店对住店旅客承担的安全保障义务的内容，我认为，主要包括以下6项内容：

1、对进出旅馆的普通人的安全保障义务

如前所述，旅馆、饭店的安全保障义务的对象为进出旅馆的任何人，他们大致可分为三类：

（1）与旅馆、饭店订立契约合同的房客。对于房客所发生的损害，房客可基于合同的特别条款，对旅馆提出具体或者特殊的要求。对

合同中未明确规定，但违反有关法规、规章，如《旅馆业治安管理办法》，可基于相关规定提出要求。同时，也可基于侵权法的有关规定提出损害赔偿责任。

（2）意图与旅馆、饭店订立契约合同的房客，一般称之为潜在的消费者。对于他们一般适用侵权法规则，负较高的安全保障义务。

（3）无意与旅馆、饭店订立契约合同的人，如访客、路过、避雨等人群。对此类对象适用过错责任的归责原则。

2、对特殊对象的安全保障义务

此类对象可以分为未成年人和残疾人。对于住店的未成年人，旅馆、饭店要担负更高的安全保障义务。具体包括：

（1）旅馆、饭店知道或应当知道，并且认识到或应当认识到，由于旅馆、饭店经营服务场所及设施、设备对于认知能力有限的未成年人具有吸引力，并且未成年人不会发现危险或者即使发现危险也无从认识到可能发生的损害结果，从而可能使他们在住店期间，发生意外伤害，而承担安全保障义务。

（2）旅馆、饭店没有尽到合理注意义务，而消除经营活动中的危险或采取有效措施保护未成年人，致使未成年人的身体或精神遭受损害，而应当承担的相应的侵权责任。

（3）对于残疾人（如盲人、肢体不全行动不便者），旅馆、饭店没有尽到合理注意义务，而消除经营活动中的危险或采取有效措施保护残疾人，致使残疾人的身体或精神遭受损害，而应当承担的相应的侵权责任。

（4）旅馆、饭店对设施设备没有按照国家有关无障碍设施的管理规定进行建设和管理，而没有尽到安全保障义务，导致残疾人的身体遭受损害，而应当承担的相应的侵权责任。

对于上述的对特殊对象的安全保障义务的侵权行为，应当适用过错推定责任，即在过错的认定上，采用推定方式，而不是证明的方式。在诉讼中，原告证明了损害事实、被告的违法行为以及违法行为与损害事实之间的因果关系之后，法官即可推定被告具有过错。如果被告主张自己没有过错，则须自己举证，证明自己没有过错。证明成立，免除其责任，证明不足或者证明不能，被告应当承担侵权责任。

3、因使用物而产生的安全保障义务

旅馆、饭店服务场所所使用的设施、设备必须符合国家的强制标准的要求，没有国家的强制标准的，应当符合行业标准或者达到开办旅馆、饭店所需要达到的安全标准。这些设施、设备包括：照明器具、电梯、卫浴设备、床铺、电器设备、防火防盗装置等。具体来说，主要包括以下两方面的内容：

（1）建筑物的主体结构方面的安全要求。即必须符合《建筑法》和《建筑工程质量管理条例》等法律、法规所规定的质量要求，在投入使用前必须经过建筑行政管理部门验收合格，不得存在任何安全隐患。

（2）消防方面的安全要求。鉴于旅馆、饭店的特殊性，必须要符合《消防法》、《高层建筑消防管理规则》等法律、法规的规定，必须配备必要的消防设备、报警设施、紧急疏散标志和疏散图等，并保证一直处于良好状态。

（3）对电梯安全的要求。电梯已成为旅馆、饭店必不可少的基础性设施，对于电梯的安装、使用，必须实行安全使用证制度，安全年检制度和日常维护制度，防止出现危险。

（4）保证其他配套的服务设施、设备符合各个相关的国家标准或行业标准或国际标准。例如，通风设备、电力设备、通讯设备等等配套设施，必须经常地、勤勉地进行维护，使它们始终处于良好的运行状态，保证安全。

4、因服务而产生的安全保障义务

这里主要指的是旅馆、饭店服务管理违反安全保障义务而产生的侵权。其主要包括：

（1）坚持服务标准，防止出现房客和进入旅馆、饭店人员遭受人身和财产损害。例如，应及时更换房客使用的床单、被罩、枕套、洗漱用具等，并对其进行有效的消毒，以防止传染病的传播，危害房客的人身健康。

（2）建立、健全警示、说明、劝告、协助制度，认真履行警示、说明、劝告、协助义务。如地板因擦洗有水较滑，就应当明确警示："地面潮湿，小心滑倒"字样的警示标志。如正在维护、修理某个设施，可能影响房客或进入旅馆、饭店人的安全，或带来不便的，应当在显著位置摆放"正在维修，请注意安全"字样的警示标牌。若在局部地区出现险情，则更应当组织、安排专门人员提醒、劝阻进入旅馆、饭店的人员靠近或者接近危险区域。对于因在建筑或维修过程中已经发生或正在发生的危险，旅馆、饭店要积极组织救助、疏散人员，以免进入旅馆、饭店的人员受到人身损害。

（3）加强管理，提供安全的消费、活动场所。这里特别需要指出的是，旅馆、饭店对住店客人财产的责任。在旅馆、饭店中如今再出现像京剧《乌盆记》中所讲述的那种杀人越货的路边黑店的情况可能不多了，但是由于疏于管理而造成房客财产损失的现象，却还是屡见不鲜的。对于此问题，外国民事立法几乎做出了没有很大差别的规定，例如：

《德国民法典》第701条第1款规定："以供外人住宿为营业的旅店主应赔偿外人在该业务的经营中带入的物品丢失、毁损或者损害而造成的损害"。

《意大利民法典》第1783条规定："旅店主对旅客带入旅店的物的任何毁损、破坏或被盗都要承担责任"。

《法国民法典》第1963条规定：如入住旅馆和饭店的旅客带入旅馆、饭店内的“物品被偷盗或者有损失，无论是由旅馆或饭店的佣人或职员所为还是由出入旅馆或饭店的其他人所为，旅馆或饭店经营人均应对此承担责任”。

所谓客人“带入饭店的物品”，不仅是指客人在住店期间存放在饭店内的物品，包括存放在客房内的物品与直接寄存在饭店保险柜内的物品，而且也指饭店经营者及其具体责任人在客人住店期间于饭店的附属设施内以及饭店外面加以保管的物品，包括饭店的购物、娱乐、健身、商务活动场所，私家车停车场以及受饭店控制与管理的其他场所。面对这种责任，不仅要求饭店经营者严格饭店的管理规章，加强保安措施和有效监督，而且也需要法律上给予救济，以减小饭店经营者面临的风险。

5、因第三人的因素而产生的安全保障义务

旅馆、饭店应当采取措施，防止来自第三方对消费者的侵害。这时旅馆、饭店所承担的多数属于违反安全保障义务的消极侵权行为，导致侵害结果发生的主要原因是由于第三人的行为所造成的，但旅馆、饭店的消极不作为，则是其承担侵权责任的主要根据。例如谢雪芬诉晋江万通大酒店一案即属此类型侵权案件。该案中，原告在被告酒店四楼走廊被四名不明身份的男子调戏、殴打达10多分钟，在此过程中，尽管原告大声呼救，但在场的该店的保安人员和服务人员只是围观而不予制止，导致原告当场受辱，并致头部、腹部及四肢多处受伤。这是一起典型的因酒店未履行保障消费者人身安全义务，而承担侵权责任的案件。此外，防范客人财物被盗，也是旅馆、饭店的重要义务。

6、因意外因素而产生的安全保障义务

这类情况比较复杂，由于其具有突发性、意外性的特点，因此，对

其的判断标准难以统一。例如，突然发生地震导致饭店倒塌；饭店的转门突然发生事故，出现夹伤旅客的情况；饭店电梯突然发生故障，将旅客困在电梯内，甚至使旅客发生生命危险等等。这些“意外”情况，有的可能还夹杂着人为因素，比如转门、电梯发生意外事故，可能与饭店疏于维护有关系，但是实际情况也可能比较复杂，需要根据具体情况具体分析，不可一概而论。

总之，旅馆、饭店业是一个具有一定经营风险的服务行业，在其安全保障义务这一问题上，法律智慧不可能达到足以解决所有问题的水平。作为旅馆、饭店的经营者，必须认真对待其安全保障义务，以促进旅馆、饭店业的健康发展。

（二）医师承担的安全保障义务

首先应该明确的是：医师承担的对病人的安全保障义务，与医疗事故不是一个问题。二者虽然都可划归于侵权法的范畴，但是，二者存在着本质的区别：

其一，前者主要是指医师对病人的人身安全和财产安全承担的保障义务；而后者则是医师违反卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规，过失造成患者人身损害的事故。

其二，前者包括医师对病人以外第三者承担的安全保障义务；而后者则仅是医师在诊疗服务过程中的过失而给患者造成人身或财产的损害，而形成的仅有医师和患者当事人之间的权利与义务关系。

其三，前者医师一般没有违反卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规的行为；而后者的行为具有明显的违法性，且其违法性将作为构成医疗事故的必须的构成要件。

从安全保障义务角度来看，医师应当承担的安全保障义务主要表现在以下几个方面：

1、医师的报告义务

该义务主要适用在对被暴力伤害者的诊疗过程中。例如，在遭受家庭暴力后受伤者到医师处就医时，医师了解到家庭暴力的情况后，应当立即报告警察和其他相关部门、机构，以制止和防止家庭暴力的再次发生。特别是在得知妇女、儿童和老人遭受家庭暴力后，更应当及时向有关部门反映。这既是道德对医师的要求，也是维护法律威严、社会和谐发展的要求。

2、医师的保密义务与告知义务

医师的保密义务，主要是指对患者的病患情况、病史情况和其他个人信息保守秘密的责任。如果发现某个病人患有某种传染病，或者遗传基因疾病，他们都应该保守患者的隐私和秘密，因为，只有医师对病人承担了这样的义务，病人才会将自己的隐私和秘密告知医师，这既是社会对医师职业信赖的要求，也是医师能够有效治疗病人疾病的需要。但是，如果医师发现病人患有某种传染性疾病，鉴于社会公众身体健康和安全考虑，医师既负有承担保守该种隐私的义务，也负有警告第三人预防该种传染病的义务。但是，对于爱滋病患者是否应当以实情相告？是否向可能会因与患者的亲密接触而感染爱滋病的第三人公开病人的病情？对前者的答案应该是否定的，因为，那样可能不利于治疗；但对于后者的答案则应该是肯定的，特别是诸如病人的配偶、非婚同居者等，甚至应该加上一条，即：应将病人的病情告知有关当局。因此，在这里，医师的保密义务和公开义务应该得到统一：即保密义务是原则，医师必须严格遵守；公开义务是例外，医师仅在制定法没有明确规定的情况下，对特定的个人和机构公开病人的传染病情况。

对于发现病人存在遗传性基因疾病时，医师是否有义务将此种基因疾病告知有利害关系的第三人？他们应当对谁公开？一般来讲，对他人的基因享有利害关系的人，包括保险公司、雇主和家庭成员等。我认

为，对于家庭成员（包括准家庭成员，如准备与病人结婚者），医师有如实告知病人实情的义务，因为，无论人道主义出发，还是对社会的责任出发，医师应当为后代的成长负责任，因为，家庭的后代不仅有延续家族的使命，更为重要的是他们终将是社会的一员，他们的健康与否，直接决定着社会的未来。但是，对于雇主和保险公司，他们虽然与病人之间存在利害关系，但与家庭成员比较起来，他们之间的利害关系，更多的属于经济利害关系，只有在雇主和保险公司询问到病人的病情时，医师才有告知的义务，否则，医师没有主动告知的义务，即此时医师的告知义务，具有被动性，而非主动性。这也符合医师的基本的保守秘密的原则。

3、心理和精神病医师就其病人的行为对第三人承担的安全保障义务

在回答心理和精神病医师在诊疗病人时，是否要对第三人承担安全保障义务的问题说，我认为，首先要考虑的是医患关系的性质和社会公共利益的平衡。当心理医师在为病人治疗时，医师应当鼓励、支持病人告知医师有关方面的重要情况，以便于医师对症下药，提出解决心理疾病的方案。如果心理有疾病的病人一旦将自己的心理想法、感受告知医师，就意味着病人对医师有足够的信任度，但是，医师若将病人的隐私泄露出去，不但会极大损伤病人对医师的信任度，更为重要的是会影响治疗效果，甚至会使以前所有的治疗前功尽弃。因此，现代各国法律和医师行为规范均对心理医师规定了严格的忠实义务。如《美国证据法典》第1014条规定：医师应保护病人和医师之间的秘密沟通。美国医学会制定的《医师道德准则》第9条也规定：医师不得泄露在诊疗时病人基于信赖而告之医师的隐私。那么，如果心理病人告知医师，他将要杀死某个人，或者要炸掉某个建筑物时，医师是否应当将此种信息报告给有关当局或潜在的受害人呢？如果医师没有采取措施告知相关机构和个人，病人却偏偏实施了侵害行为，医师是否要对病人的该行为承担侵权

损害赔偿责任呢？回答是肯定的。一旦医师知悉病人有杀人或者其他危害社会的动机或想法，医师必须立即告知有关人员和部门，以防止危害结果的发生，如果医师没有履行该义务，他就必须要承担相应的侵权损害赔偿责任。因为，虽然医师有保守病人隐私的义务，但是，当该种义务与社会公共利益相冲突时，其应当让位于社会公众的安全保护义务。

精神病医师在诊治精神病人时，应当承担两个方面的安全保障义务：

（1）如果医师了解到他诊治的精神病人，有杀害特定人的想法时，医师应当将病人的暴力倾向立即告知有关当局或者潜在受害人本人，使他们能够及时采取措施，预防暴力行为的发生。

（2）当医师了解到精神病人的潜在暴力倾向后，应当控制好病人的行为，防止其精神病人对潜在的第三人实施暴力行为。

如果医师没有尽到上述的两项义务，该医师就应当承担其病人实施的侵权行为的侵权赔偿责任。其理由，与前述的有关心理医师承担其病人实施的侵权行为的侵权赔偿责任的一样。

（三）物业管理企业的经营者对业主承担的安全保障义务

随着高层住宅的出现和房屋产权的多样化，物业管理企业的安全保障义务问题，已经成为一个突出的问题。所谓物业管理企业对业主承担的安全保障义务，其实质内容是指：业主人身、财产在物业小区受到损害时，物业管理企业是否应当承担损害赔偿责任，如何承担责任。我国《物业管理条例》第36条规定：“物业管理企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务。物业管理企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任”。第47条规定：“物业管理企业应当协助做好物业管理区域内的安全

防范工作。发生安全事故时，物业管理企业在采取应急措施的同时，应当及时向有关行政管理部门报告，协助做好救助工作。物业管理企业雇请保安人员的，应当遵守国家有关规定。保安人员在维护物业管理区域内的公共秩序是，应当履行职责，不得侵害公民的合法权益”。尤其是最高人民法院《解释》第6条的规定，都可以被看作是物业管理企业承担安全保障义务的法律根据。但是，在衡量安全保障义务时，必须根据物业管理行业的惯例来确定物业企业所负的安全保障义务。

一般而言，物业管理企业应承担的安全保障义务，就是指物业管理中的保安服务，其基本内容是指：物业管理企业为维护物业管理区域内的公共秩序和物业使用安全，而实施的必要的正常的防范性安全保卫活动。物业小区的安全保障工作可以分为安全管理和消防管理两大类，其中包括对物业小区的防火、防盗、防劫、防凶杀以及防止其他一切不确定危害因素发生所进行的综合性管理。[注]具体包括以下6个方面的内容：

1、设施设备的安全保障义务，包括：小区大门口的监控设备，门厅可视、对讲机，报警器，防火栓等防火、防盗设施。

2、制度建设方面的安全保障义务，如消防管理、值班、报警、检查、救助制度，防盗管理、门卫值勤、巡视、报警、防范、围堵、救助制度，防劫管理、防范、报警、救助制度，以及意外事故的处理、救助制度等等，这些制度都是物业管理企业必须建立的基本的规则制度。

3、防范、制止违法行为的安全保障义务，包括：加强保安巡视制度；负责对进出小区人员和财产进行安全监控；在发现火警、治安、交通事故时及时排除危险、制止违法行为，并及时报告有关部门；配合公安机关做好治安、保卫、保护现场、协助侦破案件等工作。

4、服务管理的安全保障义务，包括：清扫垃圾、楼道；负责管理、修剪、整理、清扫小区绿地、景观、草木；防止火灾等灾害的发生；随时提醒居民注意安全、放火、防盗事宜；及时发现因设施、设备

老化或因质量问题而存在的危险隐患，并尽快予以维修，以免发生人身、财产损害；管理小区内诸如会所、健身器材等公共设施的维护、安全、保卫工作，保障设施的安全使用。

5、防止、防范外来力量对小区的破坏、骚扰活动。特别是防止外人对小区现有的安全设施、健身器材、围墙、栅栏等设备的损坏。

6、对于小区内停车场和自行车存放处实行特别的管理制度，以保证业主私家车和自行车的安全，防止发生砸毁、偷盗私家车、自行车事故的发生。

以上提到的仅仅是物业管理企业一般的安全保障义务的内容，物业管理企业所承担的安全保障义务需要依据小区的具体情况来确定。

总之，对于物业管理企业承担的安全保障义务，除了业主与物业管理企业签订的物业合同以外，《民法通则》、《消费者权益保护法》、《物业管理法》、《物权法》中的“建筑物区分所有权”制度等均可作为其依据。

（四）餐馆、酒楼的经营者对顾客承担的安全保障义务

餐馆、酒楼是社会上最常见的消费场所，其对顾客的安全保障义务早已成为社会关注的焦点。由于餐馆、酒楼具有其独特的服务特色，即：（1）顾客以进餐或品味美酒佳肴为进入该服务场所的主要目的；（2）顾客在服务场所时间短，用完餐后一般立即离开；（3）顾客对服务质量的要求一般不是很讲究，但是对菜肴的质量、口味和卫生程度以及就餐的环境的舒适度及安全感有一定的要求；（4）根据餐馆规模的大小，其设施的复杂、豪华程度也有不同，其对服务的水平的要求和安全保障的程度也就不同，一般来说，酒楼的豪华度与顾客对其服务水平和安全保障程度的要求成正比，越是豪华的酒楼，顾客对其服务水平和安全保障程度的要求也相对高一些，这与顾客的消费水平也同样成正

比。

鉴于以上的特点，我认为，餐馆、酒楼的经营者对顾客承担的安全保障义务的内容可以概括为以下2个方面：

1、餐馆、酒楼对于自己提供的商品和服务造成消费者人身、财产损害的，经营者应当承担严格责任。《消费者权益保护法》第7条第2款规定："消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求"。该法第18条规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施"。上述规定说明，如果餐馆、酒楼出售的菜肴、酒水等商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，而造成消费者损害的，不论其是否有过错，其均要承担赔偿责任。如出售的菜肴不卫生或属于过期的食品，致使客人出现腹泻、中毒等情况；菜肴中出现寄生虫、铁钩等有损客人健康的物质；提供的酒水中出现啤酒瓶爆炸、假酒、毒酒；因地滑且又无明显警示标识，致使消费者滑倒摔伤；等等情况，均属于承担严格责任的侵权行为。

2、对于第三人的侵权行为以及他人或者客人自己提供的商品或者服务造成消费者人身、财产损害的，经营者则仅承担过错责任。根据《消费者权益保护法》第18条的规定，经营者承担保证责任的仅是自己提供的商品或服务，对于他人或者消费者自己提供的商品或服务，不承担保证责任。根据《民法通则》第106条第2款的规定，经营者此时仅承担过错责任。例如，因客人自己带入餐馆使用的酒水发生爆炸而给消费者造成损害；客人与客人之间因为琐事或者其他事情发生口角乃至互殴而使消费者遭受人身、财产损害；无故闯入酒店者殴打客人，致使消费

者遭受人身、财产损害；等等，餐馆、酒店均负过错责任，即只要经营者能够证明自己对于第三人或者消费者自己对其造成损害时，已经尽到了防止和制止，以及及时提醒、报警等义务，而仍然未能够防止和制止该损害发生的，其就没有过错，就无需承担赔偿责任。

总之，对于餐馆、酒楼的经营者对顾客承担的安全保障义务的责任形式，既可是严格责任，也可是过错责任，区分二者的关键，在于侵权行为是否因经营者自己的行为所致，和经营者是否对损害采取了必要的防止、制止、警示、报警措施。

（五）商业银行、证券、期货交易场所营业大厅对顾客承担的安全保障义务

《商业银行法》第6条规定，商业银行应当保障存款人的合法权益不受任何单位和个人的侵犯。根据此项规定，作为公共服务经营机构的银行及其他金融机构，在从事经营活动时都要提高安全的环境，使其客人能够放心地享受银行等金融机构提供的服务。此种安全环境表现在两个方面，一方面，要确保其设施和设备的安全，防止其客人在其服务大厅从事存款、取款或者其他金融活动时免受人身和财产损害；另一方面，要确保其客人在其服务大厅从事存款、取款或者其他金融活动时，不会遭受第三人的抢劫、抢夺、殴打、杀害等。一旦银行等金融机构在提供安全的营业环境方面没有尽到合理的注意，导致其客人遭受人身或者财产损害，银行等金融机构的行为即被认为是过错行为，应当承担侵权损害赔偿责任。其安全保障义务内容的具体表现包括：

1、配备专职的安全保卫人员

公安部、中国人民银行关于《基层金融单位治安保卫工作暂行规定》第14条规定，县支行级金融单位应当设立保卫机构或配备专职保卫

人员，配足守卫押运人员。营业网点应当建立治安保卫小组或设治安保卫员。根据此规定，银行和其他金融机构的营业场所必须配备专职的保卫人员，以维护正常的经营秩序和治安，防止突发事件的发生，保护银行、其他金融机构及其客户的人身、财产安全。这不仅是法定要求，更是银行和其他金融机构的自身的特殊性所决定的。

2、配置安全技术防范设施

公安部、中国人民银行关于《基层金融单位治安保卫工作暂行规定》第12条第4项规定，营业操作室安装紧急报警装置或联防警铃。《中国建设银行安全防护设施建设及使用管理暂行规定》第2条第2项规定，在营业场所内安装探测报警、电视监控、无线通讯等安全技术防范设施，预防不法侵害安装的技术设备及其相应的指挥控制系统。上述规定表明，作为货币、有价证券集散地，而成为高风险聚集地的银行和其他金融机构的营业大厅，必须配置相应的安全技术防范设施以预防不法侵害。

3、维护营业秩序

银行和其他金融机构的营业大厅维护营业秩序的主要内容包括：（1）维护客户办理业务秩序；（2）对违反经营秩序的客户予以劝止；（3）注意发现可疑人物；（4）及时排除不安全隐患。如“一米线”的确定，就是一项较好的防范措施。

4、保护和制止非法侵害

这是一项十分重要的责任、义务。由于银行和其他金融机构的特殊性，作为在这些机构的营业大厅负责保安任务的保卫人员，当预见到第三人可能对客户进行侵害时，有义务进行阻止，保护客户的人身、财产

安全。而当侵害发生时，更应当挺身而出保护客户和机构的人身、财产安全。为了使该制止行动更具有效力，应当允许当遇到暴力抗拒时，可以使用保安器械。但是，当当时的情景已经无法控制，如歹徒已将枪口对准保安人员的胸口，或者保安人员已经被完全控制住，甚至牺牲时，该机构不应承担侵权责任，而只应承担过错责任或者补充责任。

5、迅速报警

当不法侵害发生后，银行和其他金融机构的工作人员，负有及时报警的义务。这既是道德要求，更是他们的职业要求。对于因未报警或者因报警不及时而延误甚至导致更加严重的损害结果发生的，银行和其他金融机构应当承担过错责任。

6、积极参与救助活动

当客户遭受第三人的侵害发生后，银行和其他金融机构有义务及时将伤者送往医院或联系急救中心，对客户实施救助。如果未及时尽到救助义务，同样需承担过错责任。

（六）停车场的经营者对停车人承担的安全保障义务

这个问题比较复杂，涉及到车辆停放行为的性质属性等较为复杂的法律关系问题，我认为，不论其法律关系究竟如何确定，对于停车场对停车人承担的安全保障义务而言，主要包括以下几个方面的内容：

1、停车场的场地、设施要符合相关的法律、法规和强制性的国家标准和其他标准，并经权威机构检验确认合格，可以安全地投入使用。如因设计缺陷、建造质量或其他原因导致消费者人身或财产损害的，停车场的经营者要承担相应的赔偿责任。如因建造质量问题出现塌陷、塌

方、漏雨等现象；因地面不平造成车辆的损坏。

2、用来停放车辆车场内部装修和附属设施应当符合质量合格、安放稳妥、摆放适当等要求。如因内部装修或附属设施倾倒、滑落等原因导致停车人人身和财产损害，停车场经营者应承担赔偿责任。如因墙皮脱落导致砸坏汽车等。

3、停车场工作人员因故意或过失协助他人实施违法犯罪行为，或者与他人共谋、提供策划或为他人窝藏、销赃或帮助他人逃跑的，或者在工作期间实施了导致消费者人身或财产损害行为的，停车场的经营者应承担相应的法律责任。如内部工作人员监守自盗，与违法犯罪人员共同实施盗车行为等。

4、采取措施防范第三人实施侵权行为或者犯罪行为。如应建立严格的进出停车场车辆登记、划卡制度，防止第三人冒开非他所有的车辆出场地。如果存车人丢失了存车凭证，则存车人需要提供充分有效的资料，证实自己确实就是车辆的权利人，否则，就不能取走车，即所谓“认证不认人”，否则，如果因此被违法犯罪分子盗走车辆，停车场的经营者就必须承担赔偿责任。

5、停车场场地的标示、警告牌要明确、清楚，若因标示不明或错误，导致存车人的车辆损害的，应承担赔偿责任。特别是地下或地上的多层停车场，更应当对于车辆的进入行驶路线的标示明确、清晰。

6、建立防范、报警制度，在发生车辆被盗、被毁事件后，立即向有关部门、机构报告，力争将车主的损害降到最小。

另外，关于车辆停放行为的性质属性问题，我认为，其关键因素是对于存车合同的属性的认定问题。一般来讲，要认定一个存车合同究竟是一般的场地租赁合同，还是保管合同，主要应当看存车合同是否符合以下全部要件：（1）停车场与存车人之间是否存在保管权利与义务的明确约定；（2）存车费是否根据车辆的价值确定；（3）停车场是否表示对丢车承担赔偿责任；（4）停车场是否公开承诺或双方明确约定是

否采取“认人交车”的方式存取车辆。如果对上述问题均采肯定之答复，那么就可以认定在存车人与停车场之间形成了保管合同的法律关系，停车场就应当对于丢车的后果承担赔偿责任，否则，就应当以一般的场地租赁关系来处理丢车纠纷。因此，存车合同所体现的双方权利义务的基本内容，是确定存车合同法律性质的关键。

（七）歌舞厅的经营者对顾客承担的安全保障义务

根据《消费者权益保护法》及有关的法律法规的规定和依据诚实信用原则，歌舞厅经营者的安全保障义务的主要内容可以概括为以下5个方面：

1、建筑物和设施的安全保障义务

（1）歌舞厅经营者所使用的建筑必须符合《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定，在投入经营前必须经过建筑行政主管部门的验收合格。即使虽然经过有关部门验收合格，但明显或仍不符合建筑标准的，从而造成消费者损害的，歌舞厅经营者也应承担侵权责任。

（2）歌舞厅经营者所使用的建筑必须符合《消防法》的规定，在营业前向当地消防主管部门申报，经消防检验合格后，方可使用或开业。

（3）相关配套设施必须齐全，且能够经常得到维护。如灭火器材要及时更换药粉；安全出口随时畅通；电路处于安全状态；等等。

2、保障顾客免受第三人行为的侵害

歌舞厅的保安人员应制止消费者或其他人携带凶器进入营业场所，当顾客在歌舞厅内受到第三人非法侵害时，应当帮助消费者共同对付正

在侵袭的第三人，并报警，制止其他不法行为的发生，以免消费者受到损害。

3、配备合格的保安人员

《娱乐场所管理条例》第23条规定，娱乐场所应当根据其规模配备相应数量的保安人员，而且保安人员必须经过培训合格后持证上岗。歌舞厅保安人员应积极履行保护消费者的人身和财产安全的义务。同时，歌舞厅经营者还必须安排消防值班人员，防火巡查员。

4、提示和警告义务

歌舞厅经营者对内部存在的不安全因素的应明确提示、说明、劝告、协助。比如对于有违安全的消费者，如吸毒者应当进行劝告，必要时可通知公安部门采取必要的强制措施。对于已经或者正在发生的危险，如火灾，经营者应当进行积极的救助，引导在场人员疏散，以避免损害的发生或减少损失。另外，经营者必须控制场内人数，不得超员运营。

5、救助义务

对发生在歌舞厅内的对消费者人身、财产造成损害的事件，经营者必须实施救助义务，如及时报警、呼叫救护车、保护现场、维持秩序、等待救援等。

（八）雇主就其工作场所对工作人员的安全保障义务

现代企业、公司的经营场所，主要有厂房、写字间、工作室等各种

形式，不论其形式如何，其对在工作场所的工作人员所应承担的安全保障义务大致包括以下4个方面的内容：

1、建筑物和设施的安全保障义务

主要是厂房对工作人员的安全保障，即其所使用的建筑必须符合《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定，在投入经营前必须经过建筑行政主管部门的验收合格。即使虽然经过有关部门验收合格，但明显或仍不符合建筑标准的，从而造成消费者损害的，经营者也应承担侵权责任。设施既包括工作人员所使用的机器、设备的安全使用，也包括工作服装、劳动保护用品以及一些特殊工作需要的服装和劳保用品。至于写字间的安全问题，由于大多属于租赁或者购买的办公楼或商住两用的楼房，其建筑和设施，除了少数由雇主购买外，大多数是楼房的建筑、开发商配备和配置的，因此，对于雇主来说，主要是合理使用和安全维护的问题。保证办公间和场地使用的安全性是雇主的主要责任。

2、对于特殊行业的工作人员的特殊的安全保障义务

这是目前比较敏感的问题。所谓特殊行业，我认为，应当是指我国《安全生产法》和《矿山安全生产法》等法律法规所调整的范围内的生产经营行业。具体可以包括矿业开采、化工企业、核工业企业等对人身容易产生损害的一些行业。在这些行业工作的人员，所面临的遭受人身损害的几率要远远大于其他行业，所以，他们的人身安全保障应当成为这些行业企业雇主们关心的重要问题。预防和防治这些企业工作人员的职业病，是这些企业的重要职责。否则，这些的企业的雇主就应当承担相应的侵权责任。现在最典型的就是经常发生的煤矿安全事故，和金矿等发生的职工患矽肺等职业病问题。对于这些侵害，雇主应承担严格责任，而非过错责任。因为，雇主对于雇员所从事的职业可能患某种职业

病的情况，是可以也是应当预见到的。另外，建筑业和高空作业企业的雇主对建筑工人的安全保障义务，同样也应遵循特殊行业的要求，因为其危险性也是其他行业所无法比拟的。因此，雇主对于在工作场所工作的雇员的人身安全，负有安全保障义务。

3、对于第三人对雇员造成人身和财产损害的安全保障义务

在雇主所建设、租赁或购买的工作场所内发生第三人对雇员的人身、财产进行侵害行为的，造成雇员的人身、财产遭受损害的，雇主对此应承担相应的损害赔偿责任。

4、警示、救助、补助的安全保障义务

雇主在工作场所应当设立警示标牌，特别是具有危险性的行业必须设立警示标志，否则只要发生人身损害事故他就必须承担侵权损害赔偿责任。当发生人身损害事件后，雇主还必须积极进行救助行为，否则他仍然应承担相应的损害赔偿责任。补助义务是指雇主对遭受人身、财产损失的雇员，应当在适当的限度内，对雇员承担补充责任，给予一定限度的经济补偿。

（九）房屋出租人对承租人的安全保障义务

房屋出租人对承租人的安全保障义务的根据主要是双方的租房合同。一般在租房合同里都要明确约定出租人对承租人的安全保障义务。如果在租房合同里没有明确该内容，我认为，其安全保障义务应当包括以下内容：

1、保证所出租的房屋具有可居住性和安全可靠性。所谓可居住

性，主要是指房屋所应当具备的基本的居住条件，如水、电、煤气、暖气（在北方地区）设施齐全，整个建筑完好无损，门窗齐全，地面平整，没有漏水、漏电、漏气、漏风情况等。所谓安全可靠性，是指大门、墙壁、地面、门窗的坚固性和安全可靠性，使人在房屋内有安全感。

2、向承租人如实介绍出租房屋周围的安全环境，特别是独门独院的别墅、房屋，要将别墅、房屋的基本结构，大小出入门，上下楼梯通道，地下室情况，前后花园的进出口，各个出入门及车库大门的钥匙，甚至报警电话或者监控装备等，均要向承租人仔细交代清楚。如果因为出租人交代不清楚，而导致承租人遭受到人身、财产损害的，出租人应当承担相应的损害赔偿责任。

（十）公共交通工具的经营者对乘坐人的安全保障义务

公共交通工具包括公共电、汽车，旅游、旅行车，出租车，地铁列车，城市快速列车，火车列车，民用飞行器，轮渡，游船……，等一切方便大众出行的所有交通工具。它们对乘坐人的安全保障义务的根据，既有合同义务根据，也有立法根据，总的来说，可以将其主要内容概括为以下4个方面：

1、保证乘坐人所乘坐的交通工具的安全

所谓安全，是指交通工具不会倾覆、抛锚、颠覆、失事，以及发生其他会给乘坐人造成人身、财产损害的不安全的事故。如乘坐公共电汽车、地铁列车等被车门夹伤、摔伤等。还包括交通工具内设施的安全，如座椅、卫生间、走道、饮水设备、上下楼梯等等。这是公共交通工具最基本的安全保障义务。

2、保证在服务方面符合乘坐人的要求，即可靠。

所谓可靠，是指准时、准点，不会因为交通工具经营者的失误而导致乘坐人因误点而遭受损失，如因误点而耽误了谈判的最好时机。当然这里的误点原因必须是人为的，即经营者经营的过错，如车辆因长期不检修而导致中途抛锚，而不包括不可抗力或其他意外事件。

3、保证全体乘员安全的义务

交通工具的经营者、使用者或者驾驶者在发生危机情况时，应首先以全体乘员的安全为重，不可盲目采取措施，更不采取过激或愚蠢行动，以致给全体乘坐人的人身财产安全带来危险或损害。这里主要是指在遭遇到劫机、抢劫、海匪时，交通工具的驾驶者或经营者所应当采取的态度和行为。如果因为交通工具的驾驶者或经营者的不当行为造成了乘坐人的人身财产遭到损害，交通工具的驾驶者或经营者应当承担损害赔偿责任。

4、救助义务

当交通工具发生倾覆、抛锚、颠覆、失事而造成乘坐人的人身财产遭受损害时，交通工具经营者应当承担积极的救助义务，如报警、送伤者去医院抢救、协助有关部门调查事故原因，妥善处理事后事宜等。特别是对于船员，根据国际惯例，如果发生沉船事故，船员在对船只进行全力救助和抢修后，如仍不能保证船只不会沉没或倾覆，全体船员要在所有乘客都到达安全地域后，方可离船，否则，要承担刑事责任。

（十一）机场候机室、码头候船室、火车站候车室、长途汽车站候车室对顾客的安全保障义务

交通工具的等候室（舱）对旅客的安全保障义务主要是指对在这些场合等候乘坐交通工具的旅客的人身财产安全的保障义务。主要包括：

1、等候室（舱）的建筑物及其设施的安全保障义务

旅客等候室（舱）其所使用的建筑必须符合《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定，在投入经营前必须经过建筑行政主管部门的验收合格。即使虽然经过有关部门验收合格，但明显或仍不符合建筑标准的，从而造成消费者损害的，经营者也应承担侵权责任。设施包括：旅客休息用的座椅，饮水设备，卫生间等。

2、防止、制止第三人对旅客的人身财产损害的安全保障义务

主要是指在旅客遭遇到被偷盗、抢劫、殴打、杀害等情况时，交通工具的等候场所，应当采取必要的措施，防止、制止上述情况的发生，即使无法制止，也要及时报警，把旅客的损失减少到最小。如果因为没有及时报警而使旅客遭受到更大的损害，交通工具的等候场所的经营者应当承担相应的损害赔偿责任。

3、救助义务

当意外或者人为的导致旅客的人身财产损害事件发生后，交通工具的等候场所的经营者应当积极参与救助行动，并且积极配合有关部门调查、取证，如果因为交通工具的等候场所的经营者殆于履行此义务，而延误甚至增加了受害旅客的损失，交通工具的等候场所的经营者应承担相应的损害赔偿责任。

（十二）网吧、咖啡厅、茶馆的经营者对顾客的安全保障义务

网吧是年轻人喜欢光顾的地方，由于其经营的特殊性，其除了应当注意一般经营场所的安全保障义务外，还应当特别注意下列的4项义务：

1、防止火灾的发生

2000年北京发生的蓝极速网吧的惨痛故事，虽然已经过去了6年，但是它的深刻教训我们不能忘记。不论火灾是人为的还是意外的，防止火灾的发生，应当始终是网吧经营者关注的头等事情。一来网吧的地点一般比较集中在繁华的商业区，人群疏散较困难；二来网吧里电脑、人较多，且十分集中，万一发生火灾，肯定会发生混乱，其严重后果不堪设想。况且由于网吧里线路较多，且交叉布置，也极易引发火灾。因此，配备足够的消防设施，建立完善的消防制度，留有足够的安全出口和通道，极为必要。如果因为经营者没有按照有关规定设立完备的消防设施和制度而造成了严重的损害结果，经营者应当承担损害赔偿责任。

2、防止、制止群体事件的发生

所谓群体事件，是指因网吧的消费者之间爆发的争执或斗殴，而造成消费者人身财产的损害。网吧里发生冲突事件时有发生，网吧经营者必须制定出应付冲突事件的预案与方法，同时，要聘请一定数量的维持秩序的人员，准备随时平息、制止发生的冲突，以确保消费者的安全。如果因为网吧经营者的原因没有建立起有效的防范机制，而发生了重大的损害事件，经营者必须承担相应的损害赔偿责任。

3、防止、制止第三人对网吧消费者的侵害行为

经营者应当明确制止消费者和其他人携带凶器进入网吧，如果发现有人携带凶器进入了网吧，应当立即报警，以避免损害结果的发生。如果有人欲强行进入网吧寻衅滋事，一方面要竭力劝阻，另一方面应当设法立即报警。如果因为经营者的疏于管理而导致了损害事实的发生，经营者应承担过错责任。

4、应对意外事件及救助的义务

如发生意外事件，如突然停电、地震、台风、海啸等意外事件，经营者应当尽力疏散网吧里的人员，把他们带到安全地带，并积极协助有关部门和机构开展救助、营救行动，力争将损害降低到最小。如果因为网吧经营者疏于救助，致使消费者遭受到了更为严重的损害，经营者应承担损害赔偿责任。

咖啡厅和茶馆对顾客的安全保障义务，概括起来主要有：建筑物、服务设施的安全保障义务；其所提供的食品和饮品应符合国家和行业的卫生标准和要求；防止第三者对顾客的人身财产的侵害；发生意外和伤害事件后的救助义务等等。如果经营者疏于管理，造成顾客人身财产损害，应承担相应的损害赔偿责任。

（十三）洗浴、保健中心的经营者对顾客的安全保障义务

洗浴、保健场所是近十几年来兴起的一个热门行业。对它的安全保障义务的研究很少。我认为，其对顾客的安全保障义务的内容至少应包括以下5个方面：

1、洗浴、保健中心的建筑物及其设施的安全保障义务

洗浴、保健中心所使用的建筑必须符合《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定，在投入经营前必须经过建筑行政主管部门的验收合格。即使虽然经过有关部门验收合格，但明显或仍不符合建筑标准的，从而造成消费者损害的，经营者也应承担侵权责任。洗浴、保健中心的设施、设备较之歌舞厅等娱乐场地要复杂得多，不论其规模如何其至少应包括：洗浴设施、保健设施、供顾客休息的设施、更衣设备、餐饮场地和设备、影像设备、消防设备、水处理设备、紧急事件处置设备等多种配套的设施和设备。其中水处理设备是其他娱乐场所所没有的，具有强制性的特征。而一些规模较大的洗浴、保健中心还备有诸如游泳池、冲浪池、温泉池、歌舞厅等多种保健、休闲设施。总之，其所配备的这些所有设施、设备都存在安全保障问题。其中任何一个或一类设施损坏或者运转不灵，都可能造成严重的人身伤害事故，如冲浪池、温泉池等，如果防范措施不当极有可能发生溺水事故，尤其是少年儿童。因此，对上述各类设备、设施在购入、维护、维修、报废等各个环节，要严格按照国家有关产品标准和规格，由专业人员进行操作，以免发生损害事故。如果经营者没有按照国家的有关标准、规定要求来实施购入、维护、维修、报废等作为，致使在使用这些设施和设备时，因使用不当或操作失误或因使用应该报废的设施、设备而发生责任事故，导致顾客的人身、财产损害，经营者必须承担严格责任。因为，顾客到此消费是怀着极大的安全感和信任感才来的，他们的目的是休闲和娱乐，不可能考虑到任何危险因素，否则他们不可能来消费。因此，经营者必须保证顾客的人身、财产安全，否则，经营者就要承担严格责任。这既是法律的要求，也是经营者应当承担的社会责任。

2、防止意外事件发生，保障顾客的人身财产安全

在洗浴、保健中心有可能发生意外事件，如因顾客抽烟或经营者不慎而发生火灾，顾客在参与游泳、冲浪等活动时不慎溺水，因电力设备超负荷运营而导致短路、突然停电，甚至引起火灾等突发性事故，因

此，经营者必须建立和完善一整套防范和紧急处置意外事件机制。比如，紧急疏散预案、防火预案、紧急救助预案等等。特别要加强保安人员的培训，每一项或每一类设施都应当配备有专职的保安人员，如游泳池的救生员，客房、餐厅等场地的消防员等。尤其应配备医护人员，设立医护室，以救助那些年老顾客易患的突发性疾病。如果因经营者的疏忽或者工作人员玩忽职守而造成顾客的人身、财产损害，经营者应承担相应的损害赔偿责任。

3、防止顾客之间或第三人对顾客的侵害行为

在洗浴、保健中心也有可能发生第三人对顾客的侵害行为，如因为使用某项设施而发生争执，继而造成人身伤害。第三人为挟恨报复而闯入洗浴、保健中心殴打、侮辱顾客，也可造成顾客人身伤害。另外，顾客存放在洗浴、保健中心的财产，也可能被偷盗而产生财产损失。对于这些损害，对经营者的过错的认定应当适用过错原则，而承担相应的侵权责任。

4、救助义务

救助义务是洗浴、保健中心经营者必须承担的基本义务。具体包括：救助因突然患病的顾客；在发生意外事故后，积极组织、从事救助活动；及时报警和呼叫救护车辆；积极组织人员疏散，直至将全体人员引导、疏散至安全地带；积极救助未成年人、妇女和老人脱离危险地带等等。

5、警示、劝阻、提示义务

洗浴、保健中心的经营者在服务场所，应当贴挂诸如小心滑倒、水深危险、跳水危险、注意安全等警示牌，以防顾客在游玩时发生意外。

在顾客间发生冲突时，应当积极出面劝阻，避免严重的冲突发生；在顾客忘记拿走自己的衣物时，应当及时提醒顾客，以防顾客财产发生损失。这些义务都是防止事故发生的最好方法。如果经营者及时不履行这些义务，他就有可能为此付出更为惨痛的代价，并承担相应的民事责任。

（十四）动物园、植物园、公园、自然保护区的经营者对游客的安全保障义务

动物园、植物园、公园、自然保护区是旅游者经常光顾的区域。特别是随着对外开放的自然保护区的增多，经营者的安全保障义务也日益引起人们的关注。我认为，他们应承担的安全保障义务主要有以下4个方面的内容：

1、建筑物及其设施的安全保障义务

以动物园为例，保证游客不受到动物的伤害是动物园的经营者的最基本的义务。但履行该义务的前提，是动物园的建筑物和设施必须首先符合国家和行业的要求。特别是那些新建的野生动物园的建筑物和设施的安全可靠性就更为重要。例如，要保证当游客乘坐的汽车在野生动物面前经过时，汽车的防护栏杆能够承受得住突然爆发野性的野生动物的猛烈撞击或袭击；动物园的周边的围栏或护墙的高度和坚韧度足以防范野生动物的撞击和冲击，使得它们不至于外出伤人；等等。另外，经常巡视、维护这些建筑物、设施、设备也是经营者必须履行的义务之一。如果因为经营者的管理出现漏洞，而发生了严重的人身或财产损害事件，经营者必须承担相应的赔偿责任，并且应当追究责任人的行政或刑事责任。

2、防止意外事件发生，保障游客的人身财产安全

自然保护区内是发生意外事件的可能性较大的场所。因为，自然保护区的面积一般较大，少的方圆十几公里，大的甚至达到上百公里，而且里面的地形、地貌、结构，以及生存的动植物情况十分复杂，旅游者只要未按照导游或工作人员的引导而擅自行动，就极有可能发生诸如走失、被野生动物伤害、被野生植物划伤等伤害事件。而由于其情况的复杂性，经营者不可能面面俱到，保证所有游客都万无一失。因此，建立健全完善的管理机制和意外事件预防机制，就显得尤为重要。而在确定经营者的责任时，最重要的一个方面就是要查明经营者是否建立起了完善的管理机制和意外事件预防机制。这是确定经营者承担责任轻重大小的重要内容。如果经营者没有建立起完善的、切实可行的管理机制和意外事件预防机制，或者经营者有疏于管理、殆于处置紧急事件的情况时，经营者就应当承担损害赔偿责任。对于已经尽到了管理、防范职能的经营者，可以按照受害人与经营者的所负责任的比例，来确定双方的责任；如果受害人的责任是发生事故的主要原因，经营者只负担补充责任或者补偿责任。

3、积极救助义务

如前所述，由于动物园、自然保护区等场所的特殊性，经营者必须履行积极的救助义务。主要包括：积极指派救护、救助人员参加救助、搜寻工作；及时报警，必要时与当地武警部队或驻军联系，请求支援；积极组织力量搜寻走失、失踪者；发现生还者立即营救，并保证其生命安全；启动紧急事件应急机制，及时通知，并设法阻止欲进入危险地区的人员；积极疏散、营救被困或遭遇险情的人员；积极配合参与营救的军警的营救工作；作为熟悉情况的一方提出合理化建议，避免在营救过程中再发生严重伤害事故；及时、准确地将真实情况向有关部门汇报，不得隐瞒事实真相，而贻误营救的最佳时机；……。如果经营者没有履

行或疏于履行上述各项义务，导致损害结果的扩大或者由此导致更为严重的损害后果，经营者不仅应当承担损害赔偿责任，还应承担行政责任。

4、警示、劝阻、提示义务

由于动物园、植物园、公园、自然保护区等场所的情况比较复杂，经营者应当在必要的区域和地点放置清楚、明确的指示、警告、提示牌，如危险区域标志、动物出没标志、有毒植物标志、方向标志、进出大门路径标志、危险路段标志、安全休息区域标志、紧急疏散路径标志、等待救援区域标志、主要景点及其出入路径标志、目前所处位置标志、景区全貌图等等。这些标志必须置于明显位置。如果因为没有设立这些警示、提示标志或者设立得不清楚，而导致危害结果的发生，经营者应承担相应的民事赔偿责任。

（十五）滑冰场、旱冰场、游泳场（馆）的经营者对顾客的安全保障义务

滑冰场、旱冰场、游泳场（馆）现已成为一般大众经常光顾的场所，其经营者的安全保障义务可以概括为以下4个方面的内容：

1、建筑物及其设施的安全保障义务

滑冰场、旱冰场、游泳场（馆）所使用的建筑必须符合《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定，在投入经营前必须经过建筑行政主管部门的验收合格。即使虽然经过有关部门验收合格，但明显或仍不符合建筑标准的，从而造成消费者损害的，经营者也应承担侵权责任。其建筑物既包括场馆的建设，也包括场馆内滑冰池、旱冰池和游泳

池的建设，而这些池塘的建设，又恰恰是这些场馆的关键性建设项目，这些建设项目的质量好坏直接影响在场馆内运动者的人身和财产安全。例如，滑冰池里的用于滑冰运动的冰面，必须符合有关行业标准，必须定期或经常清理；旱冰池的地面必须平整、耐磨，必须符合行业的建筑标准；游泳池的池底必须平滑、无异物，其水质必须符合国家标准，每天需要更换新水，且具备相应的水处理、更换能力；等等。尤其是应在游泳池中标明水深度及深水区和浅水区的界限，以防止未成年人和不会游泳者发生意外。如果经营者违反了有关标准和规定，或者殆于履行上述义务，而发生了对消费者的人身和财产的损害，经营者必须承担相应的赔偿责任。

2、防止意外事件发生义务

意外事件包括溺水、突发疾病、摔伤、由于设施发生破损而导致人员受到伤害等等。经营者应当关注场内设备、设备的安全，派专人巡视、观察，发现运动者有不适或者不好表现时，及时予以提醒或援助，以防止人员的受伤或者犯病。同时，要保证在场内的运动者不受来自第三者或外界的伤害，发现可疑人员要及时劝其退出，发现可能对场内的运动者构成危险的人员，应及时指出并提醒运动者，必要时可以将入侵者驱赶出场地，以保证运动者的安全。

3、救助义务

经营者在服务场所应配备医务室、休息室等设施，以保证运动者的人身受到伤害时，能够及时得到救助。如在游泳场所应配备足够的救生员和救助工具、设施，以确保游泳者在发生溺水情况时，能够得到及时救助。在发生较为严重的伤害时，应当及时呼叫救护车辆；在发生骚乱或者出现斗殴的情况下，应及时报警，并协助保护现场，维护秩序。

4、提示、劝告、警示义务

在运动场内应当配置相应的警示、提示标牌。如小心地滑、穿戴好防护衣帽等。特别是游泳池内，对于不同水域的水深情况、是否允许跳水等，必须标示清楚。否则，发生的意外伤害，经营者均应承担损害赔偿责任。

（十六）影剧院、体育馆的经营者对观众的安全保障义务

影剧院、体育馆是比较容易发生意外伤害事故的场所，而且一旦发生事故，其危害程度一般是比较大的，如前些年在新疆发生的电影院火灾事故而酿成的巨大惨案。因此，我认为，其安全保障义务主要有以下6个方面的内容：

1、建筑物及其设施的安全保障义务

影剧院、体育馆所使用的建筑必须符合《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定，在投入经营前必须经过建筑行政主管部门的验收合格。即使虽然经过有关部门验收合格，但明显或仍不符合建筑标准的，从而造成消费者损害的，经营者也应承担侵权责任。其设施既包括场馆内的用电、座椅、运动场地、消防等设施，也包括人群疏散、分流设施、通道，及广告牌的安全保证措施等等。保证场馆内所有建筑物及其设施不发生倒塌、倾覆等危险状况的发生，是经营者最主要的安全保障义务。

2、防止意外事件发生的义务

对于影剧院而言，意外事件主要是火灾和人群骚乱。因此，防止火灾和人群骚乱等意外事件，是影剧院经营者的主要安全保障义务。至于火灾，经营者应当建立健全防止火灾安全责任机制，无论在制度建设上，还是设施、人员配备方面，都应当高度重视。至于人群骚乱，主要是将骚乱的苗头消灭在萌芽里。引起骚乱的原因无非是观众之间的矛盾、外来人的侵袭和意外事故的发生，因此，要防止骚乱的发生就要首先防止这三类情况的发生。对于这三类情况，可以分别采取劝阻、驱逐和预防这三种方法。必要时可以报警，借助于警方的力量消除危险。但强制性行为的限度是不可严重影响大多数观众的利益，保证其他观众能够正常观看完影片或演出，否则，经营者除了应承担安全保障义务外，还要承担观众要求退补票的责任。

对于体育馆而言，意外事件主要是人群骚乱而导致伤害及人群的踩踏事件。体育是竞技性运动，特别是足球等球类比赛，极易出现过激的场面。无论是观看的球迷还是球员，发生争执乃至斗殴、群殴，甚至引发暴乱的可能性随时都存在。因此，经营者必须保持清醒的头脑，在组织观看球赛的过程中，在观众座位的安排，场内外的安全保卫措施，以及对于不安定因素的预测和把握上，都应当心中有数。例如，在观众座位的安排上，可以将两方面的球迷分别安排在两个方向，甚至对面的座席上，以避免他们之间的直接接触。再如，要对参加这场球赛的双方球队和双方拉拉队的情况有所了解，如果双方属于曾有过结怨的球队，应当请求警方的援助，以避免发生意外流血事件。总之，保证球赛的顺利进行，不发生暴力冲突，是经营者最大的义务。否则，经营者有可能就由此发生的严重事件承担赔偿责任，甚至行政、刑事责任。

3、救助义务

当发生伤害事件后，经营者应当立即组织救助，并及时呼叫救护车辆，及时报警。要积极配合对事件的调查，说明真实情况。若殆于救助，或者故意隐瞒事实真象，经营者要承担民事赔偿责任。

4、提示、警示、告知义务

在影剧院、体育馆内，经营者对于安全出口、危险区域、禁行场地、疏散出口等重要地域，均应有明显的标示，以备发生危险时观众们可以从容疏散，避免重大事故的发生。同时，应当将禁止吸烟等强制性标示也在醒目位置标明，以防止观众因吸烟等不良习惯而导致火灾的发生。

（十七）商场（店）、超市的经营者对顾客的安全保障义务

两年前发生在辽宁的因商场火灾而造成数百人身亡的惨剧所造成的阴影至今仍在人们的心中挥之不去。商场、超市对顾客的安全保障问题，一直是人们关注的话题。我认为，商场（店）、超市经营者对顾客的安全保障义务可以概括为以下4个方面的内容：

1、建筑物及其设施的安全保障义务

商场（店）、超市所使用的建筑必须符合《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定，在投入经营前必须经过建筑行政主管部门的验收合格。即使虽然经过有关部门验收合格，但明显或仍不符合建筑标准的，从而造成消费者损害的，经营者也应承担侵权责任。其设施既包括场馆内的用电、电梯、购物货架、商品储存、消防等设施，也包括人群疏散、分流设施、通道等等。特别是消防和人群疏散、分流设施、通道，是商场（店）、超市的经营者必须关注的安全保障设施。经营者要保证在发生诸如火灾、地震等意外事件时，经营者能够运用这些安全保障设施，安全、顺利地疏散顾客，以防止重大损害事实的发生。如果因上述设施不齐全，在发生意外事件时导致了严重的损害后果的发生，经

营者应当承担相应的损害赔偿责任。

2、防止意外事件发生的义务

对于商场（店）、超市而言，意外事件主要是指火灾和人群骚乱。因此，防止火灾和人群骚乱等意外事件，是商场（店）、超市的经营者主要的安全保障义务。至于火灾，经营者应当建立健全防止火灾的安全责任机制。至于人群骚乱，主要是将骚乱的苗头消灭在萌芽里。引起骚乱的原因无非是顾客之间的矛盾、外来人的侵袭和顾客与售货员之间发生的矛盾，因此，要防止骚乱的发生就要首先防止这三类情况的发生。对于这三类情况，可以分别采取劝阻、驱逐和批评这三种方法。必要时可以报警，借助于警方的力量消除危险。但强制性行为的限度是不可严重影响大多数顾客的利益，保证其他顾客能够正常地消费。否则，经营者若没有履行相应的安全保障义务，或者又因为其不当行为严重影响了大多数顾客正常的消费，经营者除了应承担安全保障义务，还要承担顾客因此而遭受损害的民事赔偿责任。

3、防止顾客遭受第三人侵害的安全保障义务

这里主要包括顾客的人身遭受第三人的攻击和其财产被偷盗两种情况。对于前者，经营者除了加强保安措施以外，及时出面劝阻、驱逐不法侵害者，也是经营者的应有义务。至于后者，现在可以依靠先进的电视监控设备，及时发现偷盗者的偷盗行为，以保证顾客的财产安全。至于顾客在经营者的商场、超市被盗，经营者是否承担赔偿问题，我认为，只有在受害人拿出证据证明经营者没有尽到安全保障义务的情况下，经营者才有可能承担赔偿责任，否则，经营者可免责。

4、救助义务

其内容包括：发生意外事件或顾客遭受人身财产损害后，经营者应积极参与救助活动，及时报警和呼叫救护车辆，并保护现场，配合调查工作，力争使顾客的损失降到最低。

（十八）旅行社的经营者对旅游者的安全保障义务

旅行社经营者对旅游者的安全保障义务主要有：

1、旅行社提供的交通工具的安全义务

旅行社对旅游者提供的交通工具的安全可靠性，是旅行社对旅游者最基本的保障义务。交通工具包括：车辆、船只、飞行器等。这些交通工具的性能必须安全可靠，否则，因交通工具出现危险造成旅游者人身财产损害的，经营者必须承担赔偿责任。

2、旅游景点必须安全、可靠

旅行社带领旅游者旅游、参观的旅游景点，必须安全、可靠，旅行社必须考虑旅游者的安全，如果因为旅行社带领旅游者去的旅游景点安全性不可靠，而造成旅游者伤亡的，旅行社应当承担相应的赔偿责任。除非旅行社能够证明该旅游景点本不存在危险，是由于旅游者的个人原因而造成损害的，旅行社可以免责，但需要时仍可以承担相应的补偿责任。

3、提醒、警示、劝阻义务

在旅行过程中，遇到旅游者只身实施冒险行动，有生命危险时，旅行社或其工作人员应当及时指出其行为的危险性，提醒、警告旅游者不

要从事危险行为，否则一切后果自负。必要时，可以劝阻，甚至在其他人的帮助下强行阻止旅游者的错误行为，以避免损害结果的发生。否则，旅行社应承担损害赔偿责任。

4、防止旅游者被第三人或者动物伤害的义务

在第三人欲对旅游者发动攻击时，旅行社或其工作人员，应当出面制止或防止损害结果发生，对于侵害者可以劝阻的方式使其不能轻易伤害旅游者，如果劝阻未成也可以报警或请求其他人帮助制止侵害行为。当旅游者被动物包围，或者极可能遭受到动物侵袭时，旅行社或其工作人员，应运用自己掌握的知识，驱赶动物，或者与其他人一起驱赶动物，避免损害结果的发生。

5、救助义务

当旅游者已经被第三人或动物侵害受伤后，旅行社及其工作人员，应当积极救助被伤害的旅游者，并及时联系、呼叫救护工具，以保证其生命不受到威胁。

以上，我用了大量篇幅论述了经营者对服务场所的安全保障义务的各种类型的主要内容。目的是为了抛砖引玉，以期引起法学界对各种类型侵权具体内容的研究的重视。我认为，如果我们只热衷于从理论到理论的研究，而忽视对具体侵权类型的分别研究，可能会影响立法的可操作性和适用性。只有认真研究各种类型的侵权行为的各自特点和内容，才能准确地把握侵权理论的实质和运用。

三、经营者对服务场所的安全保障义务的

类型的立法问题

侵权行为的类型化，是英美法系侵权行为法的基本特点。在英美法系的侵权行为法中，没有关于侵权行为一般条款的规定，也没有关于侵权行为的一般规定和理论分析。他们的侵权行为法就是判例积累的经验。其基本特点是：在对这些经验进行分析后，对所有的侵权行为划分为不同的侵权行为类型，然后按照这些不同类型侵权行为，分别规定诉讼中的对策和方法，以应审判的需要。其优点是：注

1、法律所肯定的侵权行为的类型清楚、直观、具体、明确，一目了然，便于人民的学习、掌握、运用；

2、具有极强的可操作性，便于法官适用，特别是对于法官整体水平不高的国家，以类型化的方法制订侵权行为法，便于法官执法的统一，避免出现对法律的理解不一致问题，造成执法的混乱。

3、可保持侵权法的前卫性和发展的特点。我们知道，英美法系的侵权行为法永远是鲜活的，是发展的，我们也应当从中得到一些有益的启示，即：我们的侵权法也应该是与时俱进的。

其缺点是：

1、缺少对侵权行为的概括性规定，对所有的侵权行为的规定都是具体的描述，没有任何高度概括的条文。

2、侵权行为类型缺少严密的逻辑体系，表现得极为复杂，不易掌握。

3、不利于对侵权行为法理论的研究，使得其理论比较松散。

大陆法系侵权行为法采用一般化的立法方法，其优点是：

1、立法简化，篇幅较短。

2、内容浓缩，条文精练。

3、提供法院裁判准则，保障法官自由裁量。

其缺点是：

1、所概括的侵权行为不完备。

2、缺少可操作性，需要完备、庞杂的理论支持。

3、法的适用需要高素质的法官队伍。

4、不利于法的发展、更新。

有鉴于对两大法系侵权法立法的优势与局限性的分析，于是，学者提出了数种观点。我认为，在这些观点中，杨立新教授所提出的以“大陆法系为体，英美法系为用，广泛吸收司法经验”的立法基本指导思路，是可行的。也就是：在总则中，对一般侵权行为作出一般的规定，规定侵权行为的一般条款；之后，用一章专门对侵权行为类型作出规定；在这一章中，再细分该类型中的具体的侵权行为类型。结合本文所论述的关于经营者对服务场所的安全保障义务问题，我认为，对于该类型侵权行为的立法思路，应该是这样的：

1、用一个专条：“经营者对服务场所的安全保障义务”专门规定此类型的侵权行为。

2、在此专条下用5款内容，描述和概括经营者对服务场所的安全保障义务的具体行为特征，即：

（1）因设施设备违反安全保障义务的侵权行为；

（2）因服务管理违反安全保障义务的侵权行为；

（3）因防范制止侵权行为违反安全保障义务的侵权行为；

（4）因对特殊主体违反安全保障义务的侵权行为；

（5）因殆于救助被侵权行为损害的主体，违反安全保障义务的侵权行为。

之所以只设此一个专条来规定经营者对服务场所的安全保障义务的内容，主要是考虑到立法的可行性。任何立法都不可能穷尽所有的侵权行为，而且，试图将所有在现实中可能出现的侵权行为全部写进侵权法的想法，也是不现实的和不可能的。因此，只能够用相对简练的概括性的语言来描述一类侵权行为的共同特征。至于对于具体侵权行为的描述和规范，可以由司法解释就或者学理解释的方法来解决，这样做既不会浪费国家的立法资源，也可充分发挥司法工作者和法学者对于法律的补充和发展作用。

（原载于《河南省政法管理干部学院学报》2007年第2期）

---

1. 参见杨立新：《简明类型侵权法讲座》，高等教育出版社2003年11月第1版，第236~238页。
2. 例如银河宾馆案、谢雪芬诉晋江万通大酒店案等。
3. 张民安主编、宋志斌副主编：《侵权法报告》第1卷，中信出版社2005年6月第1版，第242页。
4. 以下关于英美法系和大陆法系侵权行为立法的优缺点的评价，可参见杨立新主编：《类型侵权行为法研究》人民法院出版社2006年6月第1版，第9~15页的内容。

论环境污染侵权责任的归责原则及其具体类型

一、归责原则概述

（一）归责原则的概念

“归责”是指行为人因其行为和物件致他人损害的事实发生以后，应依何种根据使其负责，此种根据体现了法律的价值判断，即法律应以行为人的过错还是应以已发生的损害结果为价值判断标准，抑或以公平考虑等作为价值判断标准，而使行为人承担侵权责任。“归责”是一个复杂的责任判断过程。侵权法的归责原则是归责的规则，它是确定行为人的侵权责任的根据和标准，是贯彻于整个侵权行为法之中，并对各个侵权法规范起着统帅作用的指导方针。[注]侵权法的归责原则是民法的基本原则在侵权法领域的具体化，是司法人员处理侵权纠纷所应遵循的基本准则，它在侵权法中居于重要地位，确立合理的归责原则，建立统一的归责原则体系，就是构建整个侵权法的内容和体系。同样，它也是构建环境污染侵权责任的体系和内容的基本准则。

（二）归责原则体系

归责原则体系是指各归责原则所组成的具有内在逻辑联系的系统结构。20世纪以来，在世界范围内民法学界所提出的种种民事侵权的归责体系中，比较有代表性的一元归责体系、二元归责体系和三元归责体系三种。其中较晚的是三元归责体系，德国和美国学者将归责体系分为故意责任、过失责任和危险责任三大类。我国学者也有单一的过错责任原则[注]、二元的归责原则[注]和三元归责原则[注]。笔者也曾经认为，我国归责原则体系应该包括过错责任原则和严格责任原则两大类。[注]

王利明教授在《侵权行为法归责原则研究》一书中认为：我国民事侵权归责体系是由过错责任原则、严格责任原则、公平责任原则所组成。过错责任原则是适用一般侵权行为的一般原则，严格责任原则是适用于各种特殊侵权行为的原则，而公平原则是为弥补过错原则的不足、为补救当事人的损害而存在的一项归责原则。各项归责原则彼此间是相互联系、相辅相成的。[注]

从我国的实践出发，我现在认为，王利明教授的观点，比较符合我国的实际情况。关于此问题，我将在下文中结合环境侵权的责任问题做进一步的探讨。

二、环境污染侵权责任的归责原则

（一）严格责任原则应为环境污染侵权责任之基本归责原则

对于严格责任的概念，曾有过几种不同的观点：

1、无过错责任说。此观点认为，严格责任是普通法中的称谓，在大陆法里被称为无过错责任。如王泽鉴先生认为，严格责任等于大陆法

中的无过失责任；王卫国先生也认为严格责任，就是无过失责任。这里的无过失责任，一般认为就是无过错责任。

2、危险责任说。在德国，严格责任主要是指危险责任。

3、过错推定说。此观点认为，严格责任实际上就是一种法定的过错推定。法国主要采此说。

4、过错推定和无过错责任结合说。此观点认为，“严格责任作为英美侵权行为法的一种责任原则，实际上包含了大陆法系过错责任的一部分（过错推定部分）和无过错责任的大部分（不包括所谓的绝对责任）”。㊟

笔者认为，严格责任原则与无过错责任原则在本质上是一样的，但是，无过错责任的提法不如严格责任科学、严谨，在我国侵权法中应采用严格责任原则。

所谓严格责任原则，是指不以行为人的过错，而是以已发生的损害后果为承担民事责任的判断依据的归责原则。该原则兴起于19世纪末，其价值取向是保障受害者得到及时、有效的救济和补偿，以实现社会公平。这一归责原则在工业事故、环境污染、产品责任等方面被广泛采用，并产生了深远的影响。但是，严格责任也并非一诞生就适用于环境污染侵权之中，而是被适用于工业事故中。后来，随着现代工业的飞速发展，环境问题日益突出，公害事件频繁发生，使得严格责任很快被引入到环境损害赔偿领域之中。早在1919年，日本大阪碱业株式会社烟囱排放二氧化硫，对附近两名地主及36户佃户的耕地及农作物造成了严重的危害，受害人在大阪地区裁判所向加害人提出损害赔偿的要求，经过反复审理，大阪地方裁判所于1919年12月27日作出判决：既然造成了损害，无论能否防范也不论加害人是否有主观上得过失，加害人均应对受害人的损失给予赔偿。这个案例是环境损害诉讼中最早适用严格责任的实例。

但是半个多世纪过后，人们重新审视侵权行为法的归责原则时，不

少人对严格责任原则提出了很多质疑，大有否定其存在价值的趋向。否定者的理由主要有：（1）严格责任原则和过错责任原则是截然对立的，两者不可能结合适用，不应同时在一个归责原则体系中出现；（2）严格责任原则不具有法律责任所应有的教育和预防作用。严格责任原则在确定加害人责任时，不需要揭示其过错，给社会造成加害人是在没有过错的情况下负责任的看法。严格责任的发展混淆了合法与非法，正义与非正义的界限；（3）严格责任缺乏弹性。其在立法上一般采取列举的方式，难以应付新出现的情况和已发生变化的情况；（4）严格责任原则自身存在逻辑矛盾，不能自圆其说。因而主张以过错推定原则和公平责任原则，以及建立完善民事和社会保险制度取而代之。

笔者认为，严格责任原则有其独特的不可替代的作用。纵观严格责任产生、发展的历史及现今法律对该责任的规定，可发现，严格责任主要适用于以下场合：（1）加害人过错难以证明。（2）致害物质或设备具有高度危险性，难以防范。（3）受害方和加害方力量对比悬殊，受害方处于势单力薄、孤立无援的境地，仅凭自己的力量根本无法与加害方抗衡，只有将法律保护的天平向受害人方面倾斜，才能体现社会公平。适用严格责任的场合，受害人在寻求法律救济时，不必证明加害方的主观状况，加害人也不能以主观上无过错为自己免责的抗辩理由。它对受害人的支持上是过错推定原则和公平原则所不能完全取代的。

过错推定虽然将加害人是否有过错的举证责任转移到了被告身上，但是被告举出自己无过错的证据是较容易的，由于过错是被告承担责任的必要条件，为了反驳被告，实际上举证责任的皮球很可能又踢回到原告身上去了。况且，许多由高度危险行为引发的损害，当事人确实不存在过错，这样受害者就无法获得赔偿了。

严格责任原则的教育、预防和惩罚作用也是很明显的。（1）在教育方面，严格责任以保护弱者、体现社会公平和正义为价值取向，相对于强调个人权利和自由的过错责任而言，它的教育作用主要体现在要求企业在追逐个人利益的同时应合理考虑社会公众的利益；在追逐经济利

益的同时也要承担相应的伦理道德责任。严格责任原则要求产业活动者有责任采取一切可能的措施，防范产业活动产生的风险和损害，这会促使企业在生产经营过程中更多地考虑对公众、对职工、对社会的影响。（2）在预防方面，由于是责成产业活动者承担更严格的责任，所以能促使他们更加谨慎行事，防患于未然。（3）在惩罚方面，要求加害方实际承担严格责任的前提是，加害方造成了法律不允许发生的后果而且不能免责，其承担的责任方式是赔偿受害者的损失，这必然带来其财产的减少和声誉的下降，所以其惩罚作用也是明显的。

至于严格责任原则和过错责任原则是否不能相容于同一归责原则体系之中。笔者认为，严格责任原则和过错责任原则无疑是互相对立的，如果是适用于同一领域，有可能会造成矛盾冲突。但是在现实立法中，严格责任和过错责任的适用范围界限是泾渭分明的。过错责任原则是一般原则，适用于一般领域；严格责任原则的特殊原则，只适用于个别领域。在立法技术上，过错责任原则采取概括性的规定，严格责任原则采取列举性规定。因此，严格责任原则只适用于《民法通则》和其它特别法明确规定追究严格责任的场合，法律没有明确规定的领域则适用过错责任的原则。可见，两个原则同时存在于一个归责原则体系中，不会造成法律适用上的混乱。至于它们在价值取向上的不同正好反映了现代立法价值取向多元化的特点。“现代侵权行为法的归责原则应当是多元的，其社会功能也是多方位的，既有惩罚加害人、警戒社会成员的作用，更有确认新的民事权益、补偿受害人的合法利益、平衡当事人的物质利益关系的作用。”既然过错责任原则和严格责任原则可以同时存在于1999年颁布实施的《合同法》中，它也同样可以存在于侵权行为法中。

目前，大多数国家都采用了严格责任作为环境侵权的归责原则，就狭义的环境侵权，即环境污染侵权归责的体系而言，大陆法系与英美法系国家却各有千秋：

英美法系国家，在环境污染侵权方面，一方面扩大严格责任的适用

范围；另一方面，以大量的环境立法形式来确立严格责任原则，在总体上体现为一元的归责体系。大陆法系国家，特别是日本，则并未对公害的严格责任作出一般规定，因此在环境污染的某些方面只能类推适用《日本民法典》第717条或《日本大气污染控制法》第15条之一和《水质污染防治法》第19条的无过失损害赔偿的规定演绎成为环境侵权民事救济的严格责任，究其实质其实是一种在过失状态下的无过失责任。注 而在环境污染的其他一些方面，特别是对于噪音、振动、地面下陷、恶臭等公害造成的危害，则更倾向于适用类似于过失客观化以及违法视为过错责任。因此笔者认为，日本在环境污染侵权的归责体系上更类似于一种二元归责体系。

在立法上，我国《民法通则》第一百零六条和一百二十四条都有将环境污染侵权作为一种特殊侵权行为而适用严格责任原则的规定，另外，在有关环境保护的一些单行特别法，例如《环境保护法》第41条第1款、《水污染防治法》第41条、《海洋环境保护法》第42条、《大气污染防治法》第36条以及《放射形污染防治法》中都有所体现。

总之，严格责任原则作为侵权行为法的一项归责原则有其独立的价值，应当成为环境污染侵权责任之基本归责原则。

（二）严格责任的理论缺陷

严格责任作为一项诞生于工业时代的责任制度，在保护受害人和惩罚加害人上具有过错责任无可比拟的优越性，更体现出一种时代的先进性。但在现实的实际操作中也发现了一系列问题：

其一，在构成要件方面，一直存在着是否包含违法性的争论。对此，王利明、周珂教授一贯主张二要件说，他们认为，环境侵权行为的构成要件只包括：损害事实和因果关系两个方面注。而杨立新教授则主张三要件说，注他认为，环境侵权行为的构成要件包括：（1）须有违

反环境保护法律的污染环境的行为；（2）须有客观损害事实；（3）须有因果关系。钱水苗教授也认为环境侵权行为的构成要件包括：（1）损害事实；（2）污染环境侵权行为的违法性；（3）因果关系。注。此外《中国民法学·民法债权》一书以及《中国民法》一书均主张四要件说，只不过其是将行为违法性拆解成两项：（1）被告污染环境；（2）被告违反国家保护环境防止污染的规定。注。

其二，在立法上，就责任构成是否包含违法性也存在着冲突。《民法通则》中所确立的环境污染侵权的严格责任是以违法性为要件的，并在第124条中作了明确规定；而在其他的环保单行法中，例如《水污染防治法》、《大气污染防治法》、《海洋污染防治法》中所确立的严格责任却不是以违法性为其责任构成要件的。

其三，在对免责事由的规定上也同样存在着很多问题：（1）缺乏整体上的统一规定，例如《大气污染防治法》中规定的免责事由是在第46条中所体现的，即完全由不可抗拒之自然灾害所引起的，并经合理之措施才构成免责；而《水污染防治法》中除规定上述事由外，还包括第三人责任以及受害人自身责任；《海洋污染防治法》第43条的规定又与上述两者存在着不同之处。虽然对于环境保护的对象各有差异，因此其的相关规定也应体现各自不同的特点，但这并不能否认他们在免责上的共性，对于免责事由至少应当在《环境保护法》中作出明确而统一的规定，这样才更有利于责任的实际落实。（2）关于加害人之“合理或必要措施”的认定也过于笼统，缺乏相应的立法解释或相关理论的补充，从而使免责事由的认定往往表现为一种主观判断，这也为处于优势一方的加害人逃避责任和法官的徇私枉法创造了条件。上述的这一些现实中所存在的问题，不仅大大阻碍了严格责任的适用，同时也反映了严格责任原则在环境污染侵权中存在许多不足之处，需要其它理论予以补充和完善。

（三）一元归责体系的现实弊端

作为环境污染侵权归责的一元归责体系，即单一的严格责任体系。由于其在环境污染侵权领域的确立时间较短，因此，如上所述其无论是在责任构成要件的立法上，还是学术界对环境污染侵权行为的认定上，均存在着较大的争议。目前学术界争议的焦点主要还是集中在对因合法排污行为而产生的环境污染侵权是否应承担民事责任的问题上。对此，周珂教授认为，企业取得了排污许可证、符合排放标准、缴纳了排污费等行政合法性行为不能作为民事责任的免责事由，加害人不得以此对抗受害人的救济请求，逃避民事责任。(注)显然，行政合法性行为是不能作为环境侵权民事责任的免责条件的；但对于排污行为，如果我们不加任何区分，只要其具备了损害后果以及两者的因果关系即认定加害方应当承担无过错责任，这种仅仅因结果的违法而直接断定行为违法的做法，显然也是有悖于法的客观理性。这对于那一部分合法的排污企业来说也是不公平的，不仅大大削弱了企业的环保意识，还导致了企业恶排、偷排现象的增多。因此，笔者认为，对环境污染侵权构成的违法性应当作狭义的理解，即对企业的排污行为加以区分，违反国家保护环境防止污染的法律、法规，超标排污，导致环境污染侵权事件发生的，其的行为就应当认定为具有违法性，由此而承担严格责任则也无任何异议。但对于因合法排污而产生的环境污染侵权行为，由于其本身所造成的损害后果，因此出于对受害者利益的保护，加害人也不能应其行为合法而免责，但也不能笼统地适用严格责任，让加害方因此而承担巨额的赔款。对此，我们或许可以将侵权归责原则中的其他归责原则纳入到环境污染侵权的归责体系之中。

（四）公平原则可介入环境污染侵权的归责体系

公平责任原则，是指在当事人双方对造成损失均无过失的情况下，由人民法院根据公平的观念，在考虑当事人的财产状况及其他情况的基础上，责令对加害人对受害人的财产损失给予适当的补偿(注)。而就公平

责任原则的产生原因，从根本上说是由于现代社会商品经济和科学技术的发展，使民法所调整的商品经济关系及其与此相联系的其他社会关系内容日益复杂化，无论是过失责任还是严格责任都不能较好地适应社会发展对归责原则所提出的需要。而公平责任则从总体上把握了对弱者利益的有效保护，在某些领域范围内还体现出比其他归责原则更多的公平与正义，更能有效地维护社会秩序的稳定，同时也为经济的持续快速发展扫除了后顾之忧。而作为公平责任原则介入到环境污染侵权归责体系中的理由，可以包括以下三个方面：

（1）公平责任作为一项归责原则，其适用范围不仅不限于法律规定的情况，而且可以作为一项确定责任范围的普通原则而普遍适用。从主观方面来说，其主要适用于当事人没有过错的情况，即指加害人和受害人对损害的发生均无过错，而环境污染侵权行为的构成要件显然不包括主观过错，这就排除了过错责任的适用性。从客观效果来说，在环境污染侵权领域，若仅以有损害后果以及其和污染行为之间的因果关系，不论其的行为是否合法，而笼统适用严格责任原则往往对一方或双方当事人极为不利，也体现不出法律上的平等和公平。因此公平责任介入到其中，对那一部分不具有违法性的环境污染侵权行为进行规制，就可以有效地弥补严格责任原则在保护上的单方性和惩罚上的绝对性之不足，使两者能够在该体系中实现互补与协调统一。

（2）作为环境污染侵权行为构成要件之一的违法性，在我国学术界尚存争议，但大多数学者都赞同将其作为环境污染侵权行为的构成要件之一，且“二要件说”主张的所谓过错吸收违法性以及损害结果吸收违法性显然也是站不住脚的，但在对违法性的认定上仍存有较大的争议。有的学者主张对违法性作广义上的理解，应当既包括对现行法律、法规的违反，又包括对民法的基本原则和基本精神的违背；[注]而有的学者则认为对违法性的认定不应作广义上的理解，例如佟柔教授认为，违法性以是否违反国家对环境保护防止污染的规定为准，未违反国家有关规定而污染环境者不负民事责任。[注]显然，如果对违法性作广义上的理解，

那么只要有环境污染侵权事件的产生，且造成了相应的损害后果，那么其的行为也就自然而然具有了违法性的性质。因此，从表面上看，其只不过是将违法性视为一种结果不法性，但从本质上讲，其实是变相地否认违法性为其构成要件之一。因此，对于违法性的界定应当以对现行的法律规范之违反为。我国目前关于保护环境防止污染的规定主要有四类：（1）全国人民代表大会及其常委会制定的法律；（2）国务院制定的行政法规；（3）国务院各部、委、局颁布的规章；（4）地方性环境保护法规、规章。对于违反上述规定而产生环境污染侵权的，就应当对此承担严格责任，而对于依照法律、法规合法排污的，其的污染行为所造成环境污染侵权就不应当承担严格责任，但加害方也不能因其行为不具有违法性而免责，而应当基于对加害人的经济状况、受害人的损害程等方面考虑，选择适用相对公平合理的公平责任。

（3）公平责任与严格责任两者也并非格格不入，而是有许多共同之处。例如，两者在不以过错为责任要件、不以惩罚过错而弥补损失为归责目的等方面，大体上是相同的。[注]两者在环境污染侵权归责体系中，以是否具有违法性而分别承担公平责任或严格责任。这样可以使责任得到合理区分，使双方当事人的利益都能得到较好保障，而不至于使一方陷入极为不利的境地。

（五）严格责任与公平责任的二元归责体系

1、二元归责体系中两者调整范围的划分及其地位的认定

在该二元归责体系下，对不法性的认定是基于行为的不法性，而非结果的不法性，也就是说，当一个环境污染侵权行为发生时，我们不是基于损害结果的发生而去认定行为的不法性，而是从行为的不法性去认定其是所应当承担的责任。一方面，如其明显存在着超标排污等违法行

为，那么依照法律就应当认定其的行为具有违法性，即使此违法行为尚未对他人的权益造成损害后果，也应当首先承担相应的行政责任；而如果此行为同时造成了环境污染的损害后果也存在相关的因果关系，此时就产生了环境污染侵权民事责任和环境行政责任的竞合，那么其不仅要承担民事上的严格责任，而且还应当承担相应的环境行政责任。另一方面，如其正常合法的排污行为在客观上却造成了损害后果，且此损害后果和其的排污行为也的确存在着因果关系，但因其的行为不具有违法性而排除了严格责任的适用，但加害人也不能因此而免责。法院基于公平和正义的考虑，由当事人共同承担责任，而对于损害赔偿的范围、责任如何分担则既可以通过法官的裁判行为来认定，也可以由双方当事人通过调解来实现。

在二元归责体系中，我们要首先肯定的是严格责任原则的主体地位。其在危险防范、违法惩处等方面具有其他归责不可动摇的主导地位，但在该二元体系中，我们也不可否认公平责任的补充作用，在那一部分不具有违法性的环境污染侵权行为中，我们就应当排除对严格责任的适用，而选择适用公平责任。这种以构成要件上是否包含违法性来区分不同责任的方式，其实是对环境污染侵权行为构成要件学说上存在争议的“二要件主义”和“三要件主义”的折衷主义，既有效地避免了因笼统适用“二要件主义”对合法排污者适用无过错责任而造成的严重不利后果，又限制了因实行“三要件主义”而产生的合法排污行为的免责，对由于合法排污行为而产生的环境污染损害后果，仍应承担相应的责任，即公平责任。

2、二元归责体系的协调机理

二元归责体系中责任的分配关键在于该环境污染侵权行为是否具有违法性，不具有违法性的环境污染侵权行为，即使它客观上也具备了损害后果和因果关系，也排除了对严格责任的适用，而选择相对公平之公平责任的适用。而责任落位的关键则在于加害方的经济能力和受害方的

救济上，二元归责就是尝试着从宏观上去寻找两者的平衡点。同时在该二元归责体系下，在对两者的适用过程中，也可以充分借鉴和吸收彼此的优点，使两者在该体系中形成一种有序的状态，实现两者的协调统一。

因此可以说，环境污染侵权归责的这种二元归责体系从总体上把握了对环境污染侵权行为的有效归责，解决了先前因是否包含违法性而造成的责任无法落实的难题，最大限度地缓解了当事人双方的利益冲突，使受害人的利益损失得到了应有的填补。而对于那些合法排污加害方来说也不会因此而承担不必要的责任，大大减轻了其的赔偿责任，有利于促进经济和社会的可持续发展。

3、对原有制度的完善和发展

在二元归责体系中，要最终实现严格责任或公平责任的落实，首先需要我们去完善和发展原有的配套制度，例如环境责任保险制度，环境责任保险即以被保险人因污染环境而应当承担的环境赔偿责任为标的的责任保险，它是环境责任社会化的形式之一，源于美国1970年颁布的《水质法》。就目前我国的市场环境下，我国应当从国情出发，走阶段发展的道路：从投保突发性环境污染侵权的责任保险开始，再逐步推广到持续性环境侵权的责任保险之中。在投保方式上，也应当采取强制投保与自愿投保相结合的方式，对于突发性、持续性环境侵权行为中危险较大的，应当采取强制责任保险，即有污染环境的事业者或者企业按照法律之规定，对其污染环境所应承担的环境责任必须投保的保险。[注]而对于环境危害较小的，则可以采用自愿投保的形式，即投保与否，依其的实际状况自主选择。政府在这一方面更加应当发挥其的宏观调控作用，在相关行业建立相应的制度性标准，从法律上规定整体上超过此种标准的事业单位或企业，责令其强制投保，不投保者责令其整改直到其的生产达到此项标准为止，实在不行的就予以关停，通过这种形式将责任保险强制性地追加到某些污染严重的企业和单位身上，真正做到防范

于未然。

此外，还可以利用制度的创新，来进一步完善二元归责体系，例如，设立污染损害专项基金、环境损害福利彩票等。污染损害专项基金，是以行政机关向事业单位和企业征收的相关环境税、费，国家的相关财政拨款，社会团体和个人捐助的资金为其基金的来源。当环境污染侵权的受害人由于种种原因而无法得到加害人的赔偿时，受害人就可以通过申请来获得该项基金，使其的生产、生活不至于陷入困境。环境损害福利彩票，则是通过发行福利彩票，募集资金，并通过设立专门的法人来管理这笔资金，环境污染侵权的受害人在得不到必要的保障时通过申请来获得此项基金，但具体发放与否则应当看其是否符合法定的受领条件。

总之，我认为，我国环境污染侵权责任的归责原则应该是二元的，而不是一元的，即以严格责任（无过错责任）为主，以公平责任为辅，同时，辅之以一系列的创新机制，从而构成符合我国国情的环境污染侵权责任的归责原则体系。

三、环境污染侵权责任的具体类型

一般来说，根据不同的标准，对环境污染可以分为不同的类型：按照环境要素可分为大气污染、水污染等；按照污染物的性质可以分为生物污染、化学污染等；按照污染物的形态可分为废气污染、固体废物污染等。本文按照环境要素污染和有毒有害物质污染，以及土地、生物资源污染为基本标准，对环境污染侵权行为的具体类型进行分析、分类。

（一）水污染侵权行为

水污染是指水体因某种物质的介入而导致其化学、物理、生物或者放射性等方面特性变化，从而影响水的有效利用，危害人体健康、破坏生态环境，造成水质恶化的现象。所谓水污染侵权行为，是指向水体中排放或者向地下渗透污水或废液污染水环境，对他人的人身、财产造成损害的，排放者有责任消除危害，并对直接受害人赔偿损失。由于我国水资源严重紧缺，水污染防治在我国具有特别重要的意义。在此方面，我国已经制定了《水污染防治法》、《水污染防治法实施细则》、《防止拆船污染环境管理条例》、《淮河流域水污染防治暂行条例》等法律、法规。国家环境保护主管部门以及有关部门、各地方也分别针对水污染的防治专门制定了部门规章、环境标准和实施办法或管理规定。水污染防治已成为我国环境污染治理的重点。

（二）大气污染侵权行为

大气污染，是指因自然现象或人为活动致使某种物质进入大气而导致其化学、物理、生物或者放射性等方面的特性改变，使人们的生产、生活、工作、身体健康和精神状态、设备及财产等直接或间接遭受破坏或者受到恶劣影响的现象。所谓大气污染侵权，是指向大气排放或者飞散有害物质污染大气环境的行为。在这方面我国主要制定了《大气污染防治法》，以及环境保护部门等各主管部门、各地方颁布的行政法规、部门规章和实施办法或管理规定。大气污染是城市污染的主要治理对象，尤其是如北京、上海、广州等大城市中汽车尾气对城市环境大气的污染，已经引起社会的高度重视。

（三）固体废弃物污染侵权行为

固体废弃物污染，是指因不适当地排放、扬弃、贮存、运输、使用、处理和处置固体废弃物而造成的各种环境污染。固体废弃物本身就

是污染物，还可以造成土壤、大气和水污染。所以也是我国污染防治的重点。我国主要制定了《固体废物污染环境防治法》，国务院办公厅发布了《关于坚决控制境外废物向我国转移的紧急通知》，国家环境保护主管部门及有关部门、各地方也分别针对固体废弃物污染的防治专门制定了行政法规、部门规章、环境标准和实施办法、管理规定。

（四）海洋污染侵权行为

海洋污染是指人类直接或间接地把物质或能量引入海洋环境，以致造成或可能造成损害海洋生物资源、危害人体健康，妨害渔业和海上其他合法活动，损害海水使用素质和减损环境质量等有害影响。我国有辽阔的海域，近30年来，我国政府十分重视海洋环境保护，制定了《海洋环境保护法》、《防治陆源污染损害海洋环境管理条例》等十几个法律、法规、规章。已缔结和参加了诸如《1982年联合国海洋法公约》、《1992年生物多样性公约》等近10个涉及海洋环境保护的国际条约和协议。

（五）有害有毒物质污染侵权行为

有害有毒物质是指人们在生产或日常生活中使用的在一定条件下会污染环境、危害人体或者动植物生命和健康的物质。其主要包括：化学物质、农药、放射性物质、电磁波辐射等。我国政府十分重视该类型的污染对人民生产、生活的损害，颁布了诸如《电子信息产品污染控制管理办法》等法规。但是还缺乏立法位阶较高的法律规范，需要在民法典的侵权法编中有所体现。

（六）环境噪音污染侵权行为

环境噪音是指在工业生产、建筑施工、交通运输和社会生活中所产生的干扰周围生活环境的声音。环境噪音污染是指所产生的环境噪声超过国家规定的环境噪声排放标准，并干扰他人正常生活、工作和学习现象。我国制定了《环境噪声污染防治法》、《关于调整超标污水和统一超标噪声排污费征收标准的通知》等大量法律、法规、规章。但是，随着我国城市化的快速发展以及人们生活水平的不断提高，城市居民和汽车数量激增，关于噪音的投诉日益增多，噪音污染已经成为影响人们身体健康和生活质量的严重问题。但是，相关的法规难以迅速跟上，导致噪音污染治理成为“老大难”问题。因此，既要进一步修改《环境噪声污染防治法》，并制定新的有关噪音的测量标准。同时，在制定侵权法时，应将环境噪音污染侵权行为作为侵权行为的类型之一。

（七）能量污染侵权行为

能量污染是近几十年来一个新的污染问题。它包括：城市内大量建设玻璃幕墙，形成光污染；违反法律规定向环境中排放热能、光波、放射性核物质等，都属于能量污染的范畴。我国公布有《放射性核污染防治法》以及相关的法规和一些放射卫生防护标准等。但是，总的说来，该问题，还是一个较新的污染问题，也应当在侵权法中加以明确规定，以完善我国的侵权行为类型的法律规范和环境保护的法律规范。

（八）破坏自然资源造成的环境污染侵权行为

破坏自然资源造成的环境污染侵权行为，是指在开发、利用自然资源过程中，由于开发者或利用者的违法行为或者过失，造成破坏环境或者环境污染的行为。自然资源是人类赖以生存的基本要素，保护自然资源，就是保护我们人类自己。随着人类对自己所在的自然资源的重要性的认识的逐步提高，保护自然资源的立法和自觉活动，也越来越成为人

类所重视和关注。在此大背景下，作为市场经济社会条件下的侵权法，当然应当承担起保护自然资源，为人类造福的历史使命。所以，我认为，在我国未来的侵权法中，应当将保护自然资源作为一个重要内容。因此，我认为，应当将“在开发自然资源过程中造成的环境污染侵权行为”作为一节写入未来的侵权法。

至于在开发自然资源过程中造成的环境污染侵权行为的主要类型，我认为，在目前情况下，可以概括为以下几种：

1、采矿环境污染侵权行为

采矿环境污染是指，在开采矿产资源的过程中，由于违法行为或者过失，而造成耕地、草原、林地的破坏的现象。在此情况下，无论采矿人在矿业作业时或者在发生损害后是否享有采矿权，均应负责赔偿，并采取必要的补救措施。

2、破坏矿产资源侵权行为

破坏矿产资源，是指违反法律规定，破坏矿产资源，造成环境损害的现象。具体表现为：

（1）滥采滥开矿山，造成矿产资源的严重流失；

（2）未取得采矿许可证擅自开采矿的；

（3）擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区范围采矿的；

（4）擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种的；

（5）破坏矿产资源，给国家造成矿产资源损害的。

3、破坏土地资源侵权行为

破坏土地资源，是指违反法律规定，破坏、污染土地资源，造成环境损害的现象。例如，因违反环境保护的法律规定，将化学工厂的有毒的废水排入耕地，使耕地土质遭受严重污染，致使短时期内无法耕种的行为；为了开发旅游或者其他工业项目，而采用板结土地的方法平整土地，致使土壤结构发生变化，破坏其原本土质，严重影响土地的再利用的行为；等等。

4、破坏生物资源侵权行为

破坏生物资源，是指违反法律规定，破坏森林、草原、渔业、野生动植物等生物资源，造成环境损害的现象。具体表现为：（1）滥砍、滥伐森林；（2）滥伐、滥除草原植被；（3）违反有关规定，在禁渔期滥捕海洋生物资源；（4）违反有关规定，在禁渔区滥捕、滥炸渔业资源；（5）在渔业养殖区域内使用化学药剂杀、捕渔类；（6）违反有关规定，擅自烧山、烧荒，严重损害野生动植物；（7）违反动植物保护法的规定，擅自打猎，捕杀、活捉野生动物；（8）违反有关规定，擅自无休止地、破坏性地挖掘野生珍贵植被；（9）违反有关规定，擅自用电捕渔；（10）未经科学验证，擅自改良植被，致使珍贵植被灭绝；等等。

5、破坏特定环境区域侵权行为

破坏特定环境区域，是指违反法律规定，破坏自然保护区、风景名胜区、人文遗迹地、国家公园等特定环境区域，造成环境损害的现象。具体表现为：（1）违反有关规定，擅自开放未经国家相关部门批准的自然保护区；（2）违反有关规定，擅自将风景名胜区改做他用；（3）违反法律规定，人为地破坏人文遗迹地；（4）违反法律规定，将国家公园开辟成为其他商业用途的基地；（5）违反有关规定，有管理、保护义务的职能部门对自然保护区、风景名胜区、人文遗迹地、国家公园

等特定环境区域，疏于管理、保护职能，致使这些地区的风景、名胜、遗迹，遭受到人为或者自然的侵蚀、侵害；（6）故意人为地破坏自然保护区、风景名胜区、国家公园等特定环境区域。

以上第2至第6项侵权行为，均可由行政主管部门代表国家对责任者提出损害赔偿要求。

（九）转基因产品污染侵权行为

1、转基因产品问题概述

转基因作物中含有从不相关的物种转入的外源基因，例如，美国孟山都公司的转基因大豆含有矮牵牛的抗除草剂基因。这些外源基因有可能通过花粉传授等途径扩散到其他物种，生物学家将这种过程称为“基因漂流”（gene flow）。环保主义者则喜欢使用“基因污染”（genetic con-tam ination）的概念：外源基因扩散到其他物种，造成了自然界基因库的混杂或污染。

基因污染可能在以下情况发生：附近生长的野生相关植物被转基因作物授粉；邻近农田的非转基因作物被转基因作物授粉；转基因作物在自然条件下存活并发育成为野生的、杂草化的转基因植物；土壤微生物或动物肠道微生物吸收转基因作物后获得外源基因。与其他形式的环境污染不同，植物和微生物的生长和繁殖可能使基因污染成为一种蔓延性的灾难，而更为可怕的是，基因污染是不可逆转的。

从美国的“星联玉米事件”，加拿大的“转基因油菜超级杂草”，到墨西哥的“玉米基因污染事件”，越来越多的事实表明“基因污染”的威胁不容忽视。专家担心，类似墨西哥“玉米妈妈”的遭遇可能正在中国大豆身上发生。一些国外公司可能钻中国立法不完善、管理不统一的空子，将中国作为“转基因生物的试验场”。

转基因产品已经走进中国人的生活，消费者的知情权和健康权也逐渐受到重视。继农业部《农业转基因生物标识管理办法》开始实施之后，卫生部《转基因食品卫生管理办法》也相继生效。

与此同时，有关专家提醒说，转基因生物对环境的影响，需要社会各界更多的关注。从美国的“星联玉米事件”，加拿大的“转基因油菜超级杂草”，到墨西哥的“玉米基因污染事件”，越来越多的事实表明，“基因污染”的威胁不容忽视。

2、我国对转基因作物的态度

根据我国相关法律的规定，生产或进口须卫生部门审批，为保障消费者健康权和知情权，销售时须有明显标识。自2002年7月1日起施行的《转基因食品卫生管理办法》规定，转基因食品的生产或者进口必须得到卫生部门的审批。为保证消费者对转基因食品的知情权，转基因食品上市销售时必须有明显标识。《办法》规定，转基因食品产品（包括原料及其加工的食品）都要标注“转基因X X食品”或“以转基因X X食品为原料”。转基因食品如果来自潜在致敏食物的，还要标注“本品转X X食物基因，对X X食物过敏者注意”。对于定型包装的转基因食品必须在标签的明显位置上标注；对于散装的，要在价签上或另行设置的告示牌上标注。转基因食品的标签应当真实、客观，不得明示或暗示可以治疗疾病；也不得虚假、夸大宣传产品的作用。

转基因食品的安全性和营养质量是当前消费者普遍关注的，该《办法》同时规定，卫生部设立由食品安全、营养和基因工程等方面的专家组成的转基因食品专家委员会，负责转基因食品食用安全性与营养质量的评价工作。生产者必须保证转基因食品食用的安全性和营养质量，应当符合《食品卫生法》及其有关法规文件的规定，同时要保留转基因食品进（出）货记录，包括进（出）货单位、地址、数量，相关记录至少保留二年备查。卫生部门对转基因食品的生产经营组织将进行定期或者不定期监督抽查，并向社会公布监督抽查结果。

我国在正式对外公布的食品工业“十五”规划中确定了我国将建立转基因食品审批制度这项政策，同时还提出尽快建立和完善与国际食品检测先进技术相适应的食品安全检测体系、积极发挥行业协会的作用等六项相关政策。《规划》中明确提出的相关政策，包括：(1)完善与食品工业发展相关的法律、法规、条例和规章制度；(2)各级政府可采取多种措施有选择地支持一些科技含量高、市场前景广阔、能够扩大出口和提高西部地区农产品深加工水平的食品工业示范工程重点项目及为其提供相应技术设备支持的重点项目；(3)增加国家对食品科技发展的投入，特别是尽快建立和完善与国际食品检测先进技术相适应的我国食品安全检测体系；(4)建立转基因食品审批制度，加强转基因食品的管理；(5)国家在税收、金融等方面对食品加工企业给予政策扶持；(6)拓展融资渠道，多形式利用国内外资金；(7)积极发挥行业协会的作用。

3、我国转基因农产品污染侵权行为的立法规制

为了加强对转基因生物的安全管理，我国已经出台了4个对于转基因产品的管理办法：《农业转基因生物安全评价管理办法》、《农业转基因生物进口安全管理办法》、《农业转基因生物标识管理办法》、《进出境转基因产品检验检疫管理办法》。这4个办法涵盖了转基因产品的安全评价、标识管理、生产许可、经营许可、进出口安全审批等各个方面。特别是已于2001年12月11日经卫生部部务会讨论通过，自2002年7月1日起施行的《转基因食品卫生管理办法》，是目前我国最高层次的转基因立法。

鉴于这个办法的法律位阶过低，我认为，很有必要在未来民法典的侵权法编中对此问题予以明确的规定。

参考文献：

1、王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社2003年版。

2、王利明主编：《民法典·侵权责任法研究》，人民法院出版社2003年2月第1版。

3、杨立新：《简明类型侵权法讲座》，高等教育出版社2003年11月第1版。

4、杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2004年1月第1版。

5、杨立新：《类型侵权行为法研究》，2006年6月第1版。

6、梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编·继承编》，法律出版社2004年12月第1版。

7、张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社2000年版。

（原载于《资源节约型、环境友好型社会建设与环境资源法的热点问题研究——2006年全国环境资源法学研讨会论文集（一）》2006年8月1日。）

---

1. 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社2004年9月修订2版，第16~17页。

2. 该观点认为，应以单一过错责任原则构造“中国式的民事责任制度的和谐体系”。参见王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，浙江人民出版社1987年版，第212页。

3. 该观点认为，过失责任原则与无过失原则在相当历史时期内将并存。参见米健：《现代侵权行为法归责原则探索》，载《法学研究》1985年第5期。

4. 该观点认为，过错责任原则、无过失主人原则和公平责任原则应当是我国民事法律制度中同时存在的三个归责原则。参见刘淑珍：《试论侵权损害的归责原则》，载《法学研究》1984年第4期。

5. 参见苗延波：《论我国归责原则体系——兼论我国侵权行为类型体系的基本构造》，载《民商法理论与实践——祝贺赵中孚教授从教55周年文集》，中国法制出版社

2006年第1版，第241~249页。

6. 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社2004年9月修订2版，第43页。

7. 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社2000年版，二版序言。

8. 曹明德：《环境侵权法》，法律出版社2000年版，第155页。

9. 参见王利明主编《侵权行为法归责原则研究》中国政法大学出版社，2003年版；参见周珂《生态环境法论》，法律出版社，2000年版，第101-103页。

10. 杨立新主编《特殊侵权损害赔偿》人民法院出版社，1999版第190-193页；参见彭万林主编《民法学》（修订）中国政法大学出版社，1999年版，第631页。

11. 钱水苗：《 污染环境侵权行为民事责任的特点》，载《杭州大学学报》1993年6月，第68期。

12. 参见王家福主编：《中国民法学民法债权》，第514页以下；佟柔主编：《中国民法》，第582页以下。

13. 周珂：《生态环境法学》，中国法律出版社2001年版，第105页。

14. 参见刘文燕、赵玉秋：《论生态侵权的归责原则》，载于《2001环境资源法学国际研讨会会议论文》，载中国环境法网。

15. 曹明德：《环境侵权法》，法律出版社2000年版，第167页。

16. 佟柔主编：《中国民法》，中国法律出版社1990年版，第582~583页。

17. 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社2003年版，第115页。

18. 周珂、刘红林：《论我国环境侵权责任保险制度的构建》，载《政法论坛》2003年第五期。

《侵权责任法》的特色及其创新

一、紧密结合中国的实际，力图解决中国社会生活中存在的现实问题

《侵权责任法》针对目前社会上存在的诸多敏感问题作出了一些具有针对性的规定，体现了立法者关注社会实际的立法宗旨。

（一）精神损害赔偿得到法律彰显

2007年11月26日，“北京公交售票员掐死清华教授女儿案”民事赔偿部分终审宣判，北京市第一中级人民法院撤销了赔偿10万元精神损害金的一审判决，改判赔偿30万元，这是我国法院判决精神损害赔偿的最高数额。

2009年10月，在河北曾发生一起网络侵权案件。杨某在网上发帖侮辱诽谤一位名叫闫得利的女子患有艾滋病并在酒吧从事卖淫，给她及家人造成了严重的精神伤害。

针对社会出现的这些侵权行为，《侵权责任法》第22条第一次在法律上明确了精神损害赔偿，对人身权益提供法律保障，其明确规定：“侵害他人人身权益、造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。”据此，当公民、法人的人身权益遭受侵害而产生严

重损害时，被侵权人可以依法请求致害人承担以支付精神损害赔偿金的方式进行赔偿、抚慰，同时对侵权予以一定的制裁。值得注意的是，精神损害赔偿的适用具有一定的限定性，并不是说任何权利或利益受到损害都可以发生精神损害赔偿，此时说的限定性表现在两个方面：一方面，由于精神损害赔偿制度是随着现代社会对人格权的日益重视而逐步发展起来的一种制度，现代民事法律设立精神损害赔偿的目的也主要是为了保护民事主体尤其是自然人的人身权益，因此，大多数国家将精神损害赔偿的适用限定在侵害人身权的场合。至于财产损害通常不发生精神损害赔偿责任。我国亦是如此。所谓人身权益，根据《侵权责任法》的规定，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权、监护权等。另一方面，由于精神损害涉及的是心理的痛苦、精神的沮丧或情感的伤害，此种损害本身是无法用金钱加以计算，为了防止精神损害赔偿责任适用的无限扩大，各国法律都要求精神损害应达到一定程度才可以使用，因此，《侵权责任法》规定“造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。”

我国现行民事法律，在《侵权责任法》出台之前，对于精神损害赔偿没有明确规定。2010年4月29日全国人大常委会通过的最新《国家赔偿法》第35条规定：“有本法第三条或者第十七条规定情形之一，致人精神损害的，应当在侵权行为影响的范围内，为受害人消除影响，恢复名誉，赔礼道歉；造成严重后果的，应当支付相应的精神损害抚慰金。”这里所谓的第3条是关于行政赔偿范围的规定，即：“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：（一）违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；（二）非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；（三）以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的；（四）违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的；（五）造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。”第17条规定的是刑事赔偿的范围，即：“行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有下列

侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：（一）违反刑事诉讼法的规定对公民采取拘留措施的，或者依照刑事诉讼法规定的条件和程序对公民采取拘留措施，但是拘留时间超过刑事诉讼法规定的时限，其后决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的；（二）对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的；（三）依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的；（四）刑讯逼供或者以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的；（五）违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的。”。也就是说，在行政赔偿和刑事赔偿中，只要国家行政机关工作人员或者行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有《国家赔偿法》第3条和第17条所规定的侵犯人身权的情形的，且造成被害人精神损害的，就应当承担精神损害赔偿责任。司法实践中由最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》来规范，司法实践中精神损害赔偿已经有了不少案例。

《侵权责任法》第22条规定，侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。这是《侵权责任法》的一个亮点，表明我国在现行法律中第一次明确规定了精神损害赔偿。草案审议过程中，关于精神损害赔偿怎么认定，什么情况下构成精神损害赔偿，以及精神损害赔偿究竟赔多少，有过很大争论。最终通过的法律规定，精神损害赔偿严格限制在侵害人身权益。侵害人身权益是指侵害生命权、健康权、名誉权、隐私权等，但不包含侵害财产权，如果侵害了财产权益，就要根据财产的损失给予赔偿。

那么，在什么情况下构成精神损害，《侵权责任法》第22条用了“严重精神损害”这个词语，在常委会审议过程中，有的委员提出“严重”怎么理解？关于精神损害，学理上存在不同的理解，有的观点认为精神损害赔偿包括精神利益损失和精神痛苦，具体又可以表现为精神利益损害所引起的直接财产损失、精神利益中的财产利益因素的损失、纯粹的精神利益损害。有观点认为精神损害赔偿包括积极的精神损害和消

极的精神损害。前者是指受害人可以感知的精神痛苦，后者是指受害人无法感知的知觉丧失和心智丧失。笔者认为本法规定的精神损害是指自然人可以感知到的和因丧失心智和知觉实际存在的精神痛苦，具体包括因生理损害而直接感知的痛苦，以及因人身权益被侵害导致而导致的某种心理损害，如恐惧、焦虑、沮丧、绝望等不良情感而产生的精神痛苦。但是，本条规定的精神损害不包括精神利益损害所引起的直接财产损失和精神利益中的财产利益因素的损失，这两类财产损失规定在了第20条中。第20条专门规定了侵害人身权益造成财产损失的计算方法。这里的人身权益，就是指精神利益损害所引起的直接财产损失和精神利益中的财产利益因素的损失，主要包括：（1）侵害生命权、健康权、身体权等造成的人身损害；（2）造成精神上的损害，但是还不至于达到“严重”的程度；（3）造成某种财产损失，如侵害姓名权导致受害人某种财产损失。因此，第22条不适用于法人，法人不存在精神损害问题，也就没有所谓的精神损害赔偿问题。法人仅涉及到商事人格权中的商誉、商号、商业形象等损害问题，其与民法上的自然人的对于人身权等侵害所造成的精神损害，二者无论在表现形式、责任承担、后果等方面均有不同，二者不能混淆。否则，对于保护商事主体的商事人格权是不利的。“严重”是对精神损害程度的一种描述。精神损害是一种无法量化的损害类型，很难精确的计算和度量。比较能够度量的情形应当包括，对于侵权造成受害人死亡的，死者近亲属所受到的精神损害可以算作“严重”；造成受害人伤残，比如造成受害人终身残疾、无法自理自己的日常生活、无法履行正常的夫妻生活等等，也可以算作“严重”。

精神损害赔偿是用金钱手段来补偿被侵权人的精神痛苦。对于以金钱方式赔偿精神损害，需要综合各种因素，由法院根据具体个案来把握。《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第10条规定的精神损害赔偿数额的确定因素具有一定的参考价值：（1）侵权人的过错程度；（2）侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；（3）侵权行为所造成的后果；（4）侵权人的获利情况；（5）侵权人承担责任的经济能力；（6）受诉法院所在地的平均生活水平。

（二）明确学校、幼儿园事故责任区分

2009年12月初，湖南省湘乡市私立学校育才中学发生一起踩踏事故，酿成8名学生遇难、26名学生受伤的惨剧。像这样的校园安全事故近年来屡屡发生，这些惨剧一次次警示人们，必须要建立严格的学校安全管理制度和责任追究制度，加强对教师的安全警示教育和师德教育以及提高教师的责任心。于是在立法中就提出了孩子在学校、幼儿园出了事故，究竟如何区分责任的社会关注的话题。《侵权责任法》第38条到第40条根据未成年人的年龄、民事行为能力及幼儿园、学校是否尽到教育、管理职责等不同情况，作出了明确的责任划分：

——无民事行为能力人在幼儿园、学校或其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或其他教育机构应承担赔偿责任，但能够证明已尽到教育、管理职责的除外。

——限制民事行为能力人在学校或其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担责任。

——无民事行为能力人或限制民事行为能力人在幼儿园、学校或其他教育机构学习、生活期间，受到来自幼儿园、学校或其他教育机构以外的人员的人身损害的，由侵权人承担侵权责任。幼儿园、学校或其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。

无民事行为能力人包括两类，即10周岁以下的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人。根据第38条的规定，教育机构对无民事行为能力人在其监管保护期间受到人身损害承担赔偿责任所适用的归责原则为过错推定原则。在立法过程中，关于幼儿园、学校和其他教育机构的侵权责任，争议最大的是如何确定归责原则。有的主张采用过错推定原则；有的主张采用过错责任原则；有的主张区分无民事行为能力人和限制民事行为能力人“自身遭受损害”和“给他人造成损害”两种情形，前者实行过错责任原则，后者实行过错责任原则。在听取了各方意见，并了解现

实情况的基础上，根据未成年人的年龄和民事行为能力的不同，规定了幼儿园、学校和其他教育机构侵权责任的不同的归责原则。第38条规定：无民事行为能力人在幼儿园、学校或其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或其他教育机构应承担赔偿责任，但能够证明已尽到教育、管理职责的除外。这是采用过错推定原则。同时在第39条规定，限制民事行为能力人在学校或其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担责任。这是采用过错责任。

对第38条采用过错推定原则的主要理由是：

1.无民事行为能力人智力发育还很不成熟，对事物的认知和判断上存在较大的不足，不能辨认活或者不能充分理解自己行为的后果，必须加以特别保护，这就要求学校更多地履行保护孩子身心健康的义务。

2. 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，超越了监护人的控制范围，如果受到人身损害，基本无法对事故发生的情形准确地加以描述，此时，如果要求无民事行为能力人或者监护人来证明学校有过错，几乎是不可能的。采用过错推定原则，学校也能举证反驳，可以通过证明自己已经尽到了相当的注意义务并且实施了合理的行为，以达到免责的目的。

3.这样规定同时也是为了鼓励学校等教育机构通过保险等方式来向社会转移风险，以保证教育机构活动的正常运行。2009年北京市公办学校已经开始投保学校责任险，每个学生每年5元，由市财政统一拨款投保，学生死亡金上限为40万。

对第39条采用过错责任原则的主要考虑是：与无民事行为能力人相比，10周岁以上的限制民事行为能力人的心智已渐趋成熟，对事物已有一定的认知和判断能力，能够在一定程度上理解自己行为的后果，对一些容易遭受人身损害的行为也有了认识，因此，应当鼓励其广泛地参加各类学校组织的活动社会关系，以利于其更好地学习、成长。如果适用过错推定原则，为避免发生以外，学校便会减少学生的体育活动、劳动

实践等有益于身心健康的活动，最终不利于学生的成长。因此，该条规定了限制民事行为能力人在学校或其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担责任。

至于第40条的规定主要还是要区分是由于学校内部人员还是外部人员的侵权行为造成学生的人身损害的情况，从而对两种情况规定了不同的责任，即：在由直接造成学生人身损害的责任人承担侵权责任的同时，如果学校未尽到管理职责的，对损害的发生也具有过错的，应当承担补充责任。对此，如何判断，我认为考虑包括以下因素：

（1）学校门卫制度制度是否欠缺；（2）门卫管理不善，导致校外人员随意进入学校殴打学生；（3）将学校的场地租给他人使用，致使校内出现车辆撞伤、撞死学生的情况；等等，学校就应当承担补充责任。

但是，在实践中，还要注意到，如果无法找到第三人或者第三人无力全部承担侵权责任时，学校承担侵权责任；如果第三人已经全部承担侵权责任，则学校可以免除侵权责任；对于第三人没有承担的侵权责任的，学校承担的补充责任要根据学校未尽到管理职责的程度来确定其应当承担的责任，而不是全部承担。

可见，《侵权责任法》对于具体问题的规定还是比较细致、实用、可行的。

（三）第一次对公民隐私权加以保护

对公民隐私权加以保护，体现了立法的进步，富有时代感。隐私权，是“自然人享有的对自己的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。”隐私权涉及的范围很多，如：未经许可公开某人的姓名、肖像、住址和电话号码；非法侵入、搜查他人

住宅，或以其他方式破坏他人居住安宁；非法刺探他人财产状况或未经许可公布其财产状况；调查、刺探他人生活关系并非法公诸于众；医生未经患者同意泄漏或公开其病历资料，等等。在我国以往的法律中，没有隐私权的规定，涉及隐私权的保护宪法、民法通则、刑法以及未成年人保护法都是用保护名誉权的方式进行。然而，名誉权与隐私权是两种不同的民事权利，特别是随着网络运用的普及，网络侵权如“人肉搜索”现象的出现，使得法律对于个人隐私权的保护显得极为必要。《侵权责任法》第2条在规定侵权人的责任以及《侵权责任法》适用范围时，明确地将隐私权列为法律所保护的民事权益之一。同时，在第四章帝36条又对网络侵权进行规制、保护个人隐私，体现了立法的进步和时代的要求。该条第一款规定，网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民之权益的，应当承担侵权责任。在起草过程中，第一次和第二次审议稿中没有这一规定，但在审议中有的意见提出，对于网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的行为，尽管可以通过《侵权责任法》第2条规定的一般侵权以及《著作权法》等规定予以解决，但针对网络侵权行为日益增多这一突出问题，而且网络侵权也有其特殊性，作出专条规定很有必要。正是出于这样的考虑，在草案二次审议稿的基础上增加了这一款的规定。所谓网络用户利用网络侵害他人民事权益，这里的民事权益包括三个方面的内容：一是侵害人格权，主要表现为：（1）盗用或者冒用他人姓名，侵害姓名权；（2）未经许可使用他人肖像，侵害肖像权；（3）发表攻击、诽谤他人的文章，侵害名誉权；（4）非法侵入他人电脑、非法截取他人传输的信息、擅自披露他人个人信息、大量发送垃圾邮件，侵害隐私权。可见，保护公民的隐私权已经成为我国《侵权责任法》的重要任务。

（四）为解决医疗损害责任提供了统一的法律依据

关于医疗损害责任的确定对于解决医患纠纷有积极的意义。近年来，医疗纠纷逐年上升，倍受关注，既要妥善处理纠纷、界定医疗责

任、切实保护患者的合法权益，也要保护医务人员的合法权益、促进医学科学的进步和医药卫生事业的发展，这个《侵权责任法》关于医疗损害赔偿责任立法的指导思想体现了兼顾中国实际的精神，而且，《侵权责任法》关于医疗责任的规定废除了以医疗事故作为医疗责任的前提的做法，并且改变了以往医疗纠纷在法律适用上的双轨制，对于解决医疗纠纷有着积极的意义。根据2002年国务院发布的《医疗事故处理条例》的规定和有关司法解释，属于医疗事故适用该条例，不属于医疗事故的医疗纠纷适用民法通则，由此形成了医疗侵权法律适用的双轨制，引发了司法实践和社会生活中的诸多困扰和纠纷，社会反响很大，一直呼吁尽早消除这种双轨制的局面。《侵权责任法》以专章的形式规定医疗损害责任，并且它的法律位阶高于《医疗事故处理条例》和司法解释。因此，可以成为解决医疗损害责任统一的法律依据。

法律具体规定了（1）医务人员的告知义务及未尽告知义务致害的侵权责任；（2）紧急情况下医方紧急救治行使的规定；（3）医务人员未尽相应的诊疗义务致害的侵权责任的规定；（4）医疗损害侵权责任过错推定原则的适用规定；（5）药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷或者输入不合格血液损害侵权责任的规定；（6）医疗机构及其医务人员按照规定填写、保管、提供病历资料义务和患者查阅、复制病历资料权利的规定；（7）医疗机构及其医务人员对患者隐私保密义务以及相关责任的规定；（8）禁止医疗机构及其义务人员过度检查的规定；以及医疗机构不承担赔偿责任和保护医疗机构和医务人员合法权益的规定。由此可见，法律几乎囊括了医患纠纷中主要的类型，是具有一定的现实意义的。

（五）解决了普遍关注的“同命不同价”问题

《侵权责任法》最值得关注的一处规定，是针对同侵权造成数人死亡时，第17条规定了“一揽子”赔偿标准，解决了社会普遍关注的“同命

不同价”的现象，即对同一侵权事件中多数人死亡时不再区分死者城乡身份，采用同一赔偿标准。此举彰显了法律对生命、对人的价值的尊重。这些规定体现了这部法律以人为本的立法理念，为构建和谐社会奠定了法律基础。但是需要强调的是：本条只规定了因同一侵权行为造成多人死亡的，可以对“死亡赔偿金”以相同数额确定，而对死者在死亡前产生的医疗费、护理费等合理费用支出，以及丧葬费支出，可以根据实际支出情况单独计算，损失多少，赔偿多少。

（六）针对产品责任问题对消费人群和社会造成的损害，明确了惩罚性赔偿制度的法律地位

所谓惩罚性赔偿实际上指的是法院或者法官在审判中针对个案而判决的超过实际损害数额的赔偿，这种赔偿的功能主要是对行为人进行惩罚、制裁。美国是典型的承认惩罚性赔偿制度的国家。20世纪以来，大公司制造的不合格商品对消费者造成了严重的损害。由于大公司财大气粗，对于给予消费者一般的损害赔偿难以对大公司制造和生产不合格甚至危险产品的行为起到遏制作用，于是美国首先通过惩罚性赔偿的方法来保护广大消费者利益，同时给予制造和生产不合格产品给消费者带来损害的公司和企业以惩罚，并且借此遏制他们的这种行为，以维护市场的正常秩序。目前，美国大多数州都采纳了这一制度。美国的一些法案如：《谢尔曼法》、《克莱顿法》、《联邦消费者信用保护法》、《联邦职业安全与健康法》等都对惩罚性赔偿作了规定。美国《侵权法重述·第二次》第908条也规定：惩罚性赔偿是在补偿赔偿或名义上的赔偿之外、为惩罚该交付方的恶劣行为并阻遏他与相似者在将来实施类似行为而给予的赔偿。比较典型的例子就是在美国麦当劳餐厅里面，有一个老太太喝咖啡的时候被咖啡烫伤了，后来到法院起诉麦当劳。最后法院判决麦当劳赔偿这个老太太五十万美元的赔偿金。

在美国，适用惩罚性赔偿一般要具备以下四个要件；（1）主观要

件必须是故意，且具有恶意，并有重大过失。（2）要有损害后果发生，即受害人必须首先证明已经发生了实际损害。（3）要有因果关系的存在。受害人要证明该损害是由行为人的行为导致的。（4）必须依附于一般损害赔偿，因为，惩罚性赔偿不是独立的请求权，必须依附于补偿性的一般的损害赔偿。

惩罚性赔偿目前主要还是在美国被大量的使用，在欧洲国家特别是传统的大陆法国家很少适用。最近欧洲有关侵权法几次讨论，一个热点问题就是侵权法是不是应该引入惩罚性赔偿。最近有许多学者呼吁，要把惩罚性赔偿引入到侵权法当中，这里面形成了两种完全不同的观点。赞成的意见认为，在现代社会两极分化越来越严重的情况下，惩罚性赔偿是对富有的行为人实施制裁以充分体现侵权法的预防和教育功能的重要举措。但是反对的意见认为，这种规则与民法平等原则是相矛盾的。这些国家严格区分公法与私法，强调公私法具有不同的职能。私法责任具有完全的补偿性，不具有惩罚性。而惩罚性赔偿制度实质上是一种公法责任而非私法责任，不能够将其纳入私法体系，这样做与公法与私法严格划分的观念及私法的基本原则不相符。

究竟如何看待这个问题，可以这样理解：因为民事法律关系具有相对性，一方承担权利、享有利益，就对应着另一方应承担义务或者承受负担。这样一种相应性或者对应性实际上很大程度上也是反映交易的法则，在惩罚性赔偿里面实际上就出现这样一种情况，当法官做出要赔偿五十万美元的决定之后，可能对麦当劳来说在这个案件中感觉到不公平。但是如果反过来一想，这也符合民法的平等原则。要看到，麦当劳的经营行为属于商业行为，商业行为具有风险性和营利性双重特性，而且，根据当代商法理论，现代企业已经不是一般的民事主体，它更多地具有社会性的特征，它的行为也要更多地体现其社会性的特征。也就是说，它的行为已经不属于普通民事主体的民事行为，而是属于商事范畴的商事行为，其所承担的责任也更多地反映了商事责任的性质和内容。作为商主体的麦当劳，它在通过自己的出卖麦当劳食品的行为，可以获取非从事商行为的一般民事主体在相同的时间内所获取的收入的几倍甚

至几十、上百倍，根据权利义务相一致原则，因而其所承担的义务也理所当然地要大于普通非从事商行为的一般民事主体所承担的义务，因此，当麦当劳在从事商行为时发生了侵害消费者权益的侵权事件，为了引起麦当劳的注意和警惕，杜绝以后不再发生类似事件，是可以作出这样带有惩罚性质的判决的。这也是企业社会责任的一个具体体现。

我国在《侵权责任法》制定前，就已经有了惩罚性赔偿的法律规定。例如，《消费者权益保护法》第49条对欺诈消费者的行为规定了惩罚性赔偿。再如《食品安全法》第96条第2款规定，生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。《合同法》第113条第2款规定，经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿。从我国实际情况看，恶意的侵权行为屡有发生，出售假药导致患者死亡、出售劣质奶粉导致少儿死亡，特别是三鹿事件等恶性事件，对这恶意侵权人施以惩罚性赔偿，有利用遏止类似恶意侵权行为的发生。

但是我们要注意的是，惩罚性赔偿毕竟还是在特定情况下设定的一个非常的惩罚性手段，其目的在于警告经营者要时刻注意安全保障义务，因此，从目前的情况看，惩罚性赔偿不能作为一般的责任形式在侵权法当中进行规定，但是作为例外的情形下是可以考虑的，比如，在产品责任中，就可以引入这个规则。比如，明知产品存在缺陷仍生产、销售，造成他人生命、健康损害，受害人有权要求惩罚性赔偿。特别是生产食品、汽车、轮船、飞行器等具有高度危险性产品的厂家，只要其明知他所生产的这批产品存在缺陷，而仍在生产、销售，造成他人生命、健康损害的，其应当承担惩罚性赔偿责任。但是，笔者认为，惩罚性赔偿可以在侵权民事责任方式中得到有限制的适用。这些限制条件包括：其一，加害人有故意；其二，侵害的客体是他人的生命、健康、身体、人身自由权或者具有感情意义的财产。因此，在适用无过错责任原则的案件中，一般不得判决加害人或对损害负有赔偿义务的人支付惩罚性赔偿，除非原告在诉讼中能够证明加害人有故意的过错。此外，惩罚性赔

偿的最高限额要考虑到损害的程度、影响的范围、产品的用途及性质、功能等因素。因此，《侵权责任法》第47条规定：明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。根据本条规定，适用惩罚性赔偿的条件是：

（1）侵权人具有主观故意，即明知是缺陷产品仍然生产或者销售，目的在于追求超出其产品实际价值的高额回报；（2）要有损害事实，即造成他人死亡或者健康受到严重损害，这里严重损害必须严格限制在缺陷产品侵害使用人的生命权、健康权，造成死亡、残疾或者其他严重伤害的场合，对于造成财产损害的，即使构成恶意产品侵权行为也不应当适用惩罚性赔偿制度，生产者、销售者只承担填补损害的赔偿责任；（3）要有因果关系，即被侵权人死亡或者健康严重受到损害是因为侵权人生产或者销售的缺陷产品造成的。本条还规定了惩罚性赔偿的适用范围，即被侵权人死亡或者健康受到严重损害的范围内适用，除此之外的其他损害不适用惩罚性赔偿，例如被侵权人的财产损害。为了防止滥用惩罚性赔偿，避免被侵权人要求的数额奇高，本条规定，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。这里的相应，主要指被侵权人要求的惩罚赔偿金应当与侵权人的恶意和被侵权人造成的损害后果相当。在考虑赔偿数额时，具体可以考虑以下因素：（1）行为人的经济条件；（2）行为人行为的影响；（3）行为人与受害人的关系；（4）行为的持续程度；（5）行为人是否从该行为中获利；（6）受害人为避免损失承担的费用。

（七）关注环境污染问题，完善和明确了环境污染的侵权责任制度

《侵权责任法》在《民法通则》和各环境保护法律关于环境污染责任规定的基础上，进一步完善了环境污染责任制度，主要进一步明确了环境污染侵权责任的原则性规定，污染者举证倒置责任，环境污染共同

侵权责任和因第三人过错污染环境的侵权责任。

1.环境污染侵权责任的原则性规定

第65条规定：因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。这条实际上规定了五个内容：

一是规定了本章的调整范围。这里所指的环境污染，既包括对生活环境的污染，也包括对生态环境的污染。这里的所谓对生活环境的污染主要包括对大气、水体、海洋、土地等的污染，所谓对生态环境的污染主要包括对生物多样性的破坏、破坏生态环境和自然环境造成水土流失等生态环境的污染等。环境污染的形式包括水污染、大气污染、噪音污染等传统的污染形式，还包括光污染、辐射污染导尿管新型的污染形式。总之，因污染者的行为污染环境造成的损害，污染者都应当承担侵权责任。

二是规定了环境污染侵权的归责原则。环境污染责任作为一种特殊的侵权责任，其特殊性首先表现在其采用了无过错责任原则。依照无过错责任原则，在受害人有损害，污染者的行为与损害有因果关系的情况下，不论污染者有无过错，都应当对其污染造成的损害承担侵权责任。但是，从侵权纠纷角度看，在审理侵权纠纷中，要根据不同的污染源，适用不同的归责原则。居民之间生活污染适用过错责任原则，主要由《物权法》规定的相邻关系解决，不受《侵权责任法》的调整。而企业生产污染等污染环境的则适用无过错责任原则，主要由《侵权责任法》、《环境保护法》、《大气污染防治法》、《水污染防治法》等相关法律调整。对于企业排污符合规定的标准但造成损害的情况是否应当承担侵权责任的问题，根据《侵权责任法》第65条的规定，依然采用无过错责任原则。国家或者地方规定的污染物排放标准，是环境保护部门决定排污单位是否需要缴纳排污费和进行环境管理的依据，并不是确定排污者是否承担赔偿责任的界限，即使排污符合标准，只要给他人造成损害的，也应当根据有损害就要赔偿的原则，承担赔偿责任。

三是环境污染侵权责任的构成责任。根据《侵权责任法》第65条的规定，环境污染侵权责任的构成责任为：

第一，侵权行为为污染环境的行为。污染破坏的行为主要包括“三废”污染（废水、废气、废渣）、噪声、固体废物、电磁辐射以及破坏自然因素等污染环境行为。

第二，有损害结果发生。损害结果主要指被侵权人受到的生命、健康的损害，财产损失，还包括精神上的损害，如噪声污染使被侵权人的正常精神活动受到严重阻碍，进而损害其健康权、生命权等。

第三，不考虑侵权行为人主观状态。环境污染侵权责任适用无过错责任，侵权行为的归责不考虑污染者的过错，也无须推定污染者主观上存在过错。

第四，损害和加害人污染环境行为之间存在因果关系。

四是环境污染责任的承担主体。根据《侵权责任法》第65条的规定，环境污染侵权责任的承担主体为污染者，即污染行为的实施者。

五是在环境污染侵权责任的构成要件上作出了与《民法通则》不同的规定。《民法通则》第124条规定：“违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。”根据这一规定，环境污染致人损害的民事责任的构成以违反国家保护环境防止污染的规定为前提条件。而经过20多年的实践，证明这条规定对于防治环境污染，保护受害人的合法权益，是不利的，因为，一些污染企业就以他们没有违反国家保护环境防止污染的规定为由进行抗辩，从而逃避了他们应当承担的赔偿责任。因此，《侵权责任法》不再以行为违法为前提条件，只要你的行为污染了环境，并且造成了损害，就应当承担侵权责任，不以是否违反相关规定为前提条件。根据后法优于前法的原则，2010年7月1日以后，确定环境污染侵权应适用《侵权责任法》的规定。

2.污染者举证倒置责任

根据中国《民事诉讼法》第64条第1款的规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。这是民事诉讼最基本的原则，一般来说，承担较重举证责任的当事人在纠纷解决中处于相对不利的地位。因此，举证责任的分配是否公平直接关系到当事人的利益。但是，在处理环境污染侵权的过程中，由于环境污染侵权的特殊性，从而决定了民事诉讼中的“谁主张，谁举证”的原则，无法使得受害人获得救济。环境污染侵权的特殊性主要表现为：

其一，环境污染损害一般具有长期性、持续性、广泛性的特点，因此，证据极易灭失，使得因果关系的证明非常困难。有的污染事件从开始排污到出现污染后果，需要几年甚至十几年的时间，因此，如果让受害人负担举证责任，对于维护受害人的合法权益和自身利益是十分不利的，这样也会助长污染者排放污染物的胆量，极不利于对于环境的保护。

其二，许多污染侵权涉及的物理、化学、生物、地理、医学等学科的专业知识甚至一些高科技知识，，而这些知识平常人是不可能具备的，即使在现代科学技术的条件下，一些环境污染的因果关系还是无法认定，因此，认定这个因果关系必须具备相关的科学知识和仪器设备。而这些技术和设备污染者一般是有能力获得的，因为，他们往往是企业或者是组织，他们的认定因果关系的能力是平常人所无法比拟的。因此，如果让受害人提供证明因果关系的证据，是十分困难和不公正的，更不用说要达到维护他们的合法权益和保护环境的目的了。

其三，在确定环境污染责任的因果关系时，经常出现多因一果的现象，数家工厂向同一河流排污，河水被污染致使该河水的居民感染疾病，在此情况下，受害人很难或根本无法证明谁是致害人，证明因果关系很困难。

正是由于环境污染侵权的这些特殊性，导致环境污染的因果关系链条十分复杂，要证明这些因果关系链条就更为复杂，如果由受害人承担因果关系的举证责任，受害人的损害就得不到救济。为了减轻环境侵权

受害人的举证负担，举证责任倒置制度便应运而生。

对于环境污染责任中举证责任倒置，中国现行环境保护方面的立法已有规定。如《水污染防治法》第87条规定："因水污染引起的损害赔偿诉讼，由排污方就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。"《固体废物污染环境防治法》第86条规定："因固体废物污染环境引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担剧举证责任。"

因此，《侵权责任法》第66条规定，因环境污染发生纠纷，污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。规定了环境污染侵权因果关系的举证责任倒置，即由污染者就行为与损害之间的因果关系承担举证义务。污染者必须提出反证，证明其行为与损害结果之间没有因果关系，才能不承担侵权责任，否则依照该条规定，其就应当承担环境污染的侵权责任。

根据《侵权责任法》第65条的规定，因污染环境造成损害的，污染者应当承担责任。《侵权责任法》第5条规定，其他法律对侵权责任另有规定的，依照其规定。对于适用无过错责任的环境侵权，其责任并非绝对对责任，侵权人可以依据法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形提出抗辩，从而免除或者减轻自己的侵权责任。根据中国《环境保护法》、《海洋环境保护法》、《水污染防治法》、《大气污染防治法》等法律的规定，不承担责任或者减轻责任的情形主要涉及不可抗力、受害人故意和第三人责任。《环境保护法》第41条第3款规定："完全由于不可抗力的自然灾害，并经及时喜爱去合理措施，仍然不能避免造成环境污染损害的，免于承担责任。"《海洋环境保护法》第90条第1款规定："造成海洋环境污染损害的责任者，应当排除危害，并赔偿损失；完全由于第三者的故意或者过失，造成海洋环境污染损害的，由第三者排除危害，并承担赔偿责任。"《水污染防治法》第85条第3、4款规

定："水污染损害是由受害人故意造成的，排污方不承担责任。水污染损害是由受害人重大过失造成的，可以减轻排污方的赔偿。""水污染是由第三人造成的，排污方承担赔偿责任后，有权向第三人追偿。"也就是说，在发生这些环境污染侵权时，污染者可以依据这些法律的规定不承担责任或者减轻责任。从举证责任的角度讲，因环境污染发生纠纷，污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形承担举证责任。

3. 环境污染共同侵权责任

在环境污染侵权案件中，往往存在两个或者两个以上的侵权行为人，即在一定的时间、空间里，多个污染者共同排污的行为，给受害人造成的损害会更大。在这种情况下，多个污染者之间对受害人如何承担责任，污染者之间的责任大小如何确定，便成为了实践中一个比较敏感的话题。

在立法过程中，关于两个以上污染者污染环境造成的损害，污染者对外是承担连带责任还是按份责任有不同意见。一种意见提出，应当规定污染者对外承担连带责任，再根据污染物排放量等因素确定排污者的内部责任，这样有利于救济受害人。另一种意见认为，应当规定排污者承担按份责任。但经过反复研究、论证，立法者认为，污染损害发生后，受害人从赔付能力考虑，一般会起诉经济能力较强的大企业，而大企业由于处理污染物的能力较强，有的装备有一定的环保设施，因此，不一定比小企业排放污染物多，规定连带责任会加重大企业的负担，不利于社会公平，也不利于排污多的企业积极治理污染。同时，部分排污者承担连带责任后，为了自身的利益，还会另行起诉，要求根据污染排放量等因素在排污者之间追偿。因此，立法者认为，应当规定按份责任，直接根据污染物的种类、排放量等因素确定排污者责任的大小。如数家企业向同一河流排污，受害人起诉这数家企业，被告可以根据《侵权责任法》第67条"两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大

小，根据污染物的种类、排放量等因素确定”的规定提出反证，证明自己的行为与损害之间没有因果关系，而不承担责任，其余被告则根据污染物的种类、排放量等因素确定责任的大小。这样才会体现法律的公正与公平，有利于维护被害人的权益。

该条所规范的环境污染侵权行为是指污染者存在无意思联络的侵权行为，如果污染者之间有意思联络，则不适用该条的规定，而是应当适用该法第8条“二人以上该条实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任”的规定，构成有意思联络的该条侵权，污染者承担连带责任。

至于判断污染者责任大小，则可以依据污染物的种类、排放量的因素，以及排放的距离、排放的持续时间、污染物的致害程度因素来共同确定。

4.因第三人的过错污染环境的责任

第三人过错，是指除污染者与被侵权人之外，对被侵权人损害的发生具有过错，此种过错包括故意和过失。第三人过错时免除或减轻侵权人责任的依据。第三人过错存在三种不同的情况：一是第三人过错是损害发生的唯一原因，此时，由第三人承担责任。二是第三人和侵权人对侵害的发生或扩大均有过错，此时，需要根据两者的过错程度减轻侵权人环境侵权责任。三是第三人引起险情，侵权人实施紧急避险措施，造成环境污染导致被侵权人损害。[注]《侵权责任法》第68条规定的是如果污染环境造成的损害是由于第三人的过错引起的，责任如何承担的问题。这种情况需具备以下几个条件：首先，第三人是指被侵权人和污染者之外的第三人；其次，第三人与污染者之间不存在意思联络。如果第三人与污染者之间有意思联络，则第三人与污染者构成共同侵权，不属于该条规范。根据第68条的规定，因第三人的过错污染环境造成损害的，被侵权人可以向污染者请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。

（八）关注劳务关系，确定了用人单位的侵权范畴

为了解决用人单位的工作人员和被派遣的工作人员在执行公务过程中给他人造成损害的侵权责任问题，《侵权责任法》第34条规定了用人单位责任和劳务派遣单位、劳务用工单位责任。该条明确用人单位对工作人员因工作造成他人损害，承担无过错责任。但其前提必须是工作人员的行为构成了侵权。且用人单位承担侵权责任的前提是工作人员的行为与“执行工作任务”有关。如果是国家机关以及工作人员因工作造成他人损害的，一般分为两种情况，一类是属于履行公职权的行为，另一类则不属于履行公职权的行为，是国家机关为了维持国家机关正常运转所进行的民事行为。对于第一类属于履行公职权的行为，依据《国家赔偿法》的规定，有的需要国家机关承担国家赔偿责任。对于第二类国家机关在民事活动中侵害他人合法权益的，国家机关需要承担民事责任。比如，国家机关的司机外出办理公务，发生了交通事故，应当由国家机关承担侵权责任。该条没有规定用人单位在承担侵权责任后，是否可以向工作人员追偿。其基本考虑的因素：一是《侵权责任法》主要解决对外责任的问题，用人单位和工作人员的内部责任可以通过协议等方式来约定。这种内部的约定不宜由法律加以规范。二是确定用人单位追偿权的条件标准很难确定，我国目前职工工资水平又不高，宽了不行，严了也不行，因此，不如不予规定。这也是为了符合中国国情，以利于保护职工的利益。

（九）试图解决机动车交通事故问题，缓解矛盾纠纷

为了减少事故、减少纠纷、有利道路畅通，《侵权责任法》第六章规定了机动车交通事故责任。该章特别规定了诸如因租赁、借用等情形机动车所有人和使用人不是同一人时，发生交通事故后如何承担赔偿责任的问题；已经买卖并交付机动车，但未办理所有权转移登记，有谁承

担赔偿责任的问题；以买卖等方式转让拼装的或者已经达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害如何承担责任的问题；盗抢的机动车发生交通事故造成损害，由谁承担赔偿责任的问题；机动车驾驶人发生交通事故后逃逸的，对受害人如何救济的问题。可以说基本概括了经常发生的机动车交通事故的各类情形。

（十）体现社会关爱，力图解决民众关心的人身安全和保障问题

1.对于高空抛物致人损害，找不到具体加害人时的侵权责任

整部《侵权责任法》充分体现了以人为本的立法精神，体现了法律对人的尊重和关怀。《侵权责任法》第1条开宗明义，规定："为保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁民事侵权行为，促进社会和谐稳定，制定本法"。这部法律的立法目的是把保护民事主体的合法权益放在首位，而且自始至终贯彻体现对人的最大关怀。如：第2条在列举民事主体所享有的各种民事权益时把生命健康权置于各种权利之首进行规定；第87条关于高空抛物致人损害，找不到具体加害人时，由可能的加害人负责；（此类行为曾有过典型例证：2000年5月11日凌晨1时许，郝某在与他人在路边说话，被临路居民楼上坠落的烟灰缸砸中头部，导致智能障碍和失语。郝某将临路两幢楼的22户居民告上法庭。经公安机关侦查仍无法确认真正的行为人。最终，法院判决当时居住在房屋内的20户住户分担郝某的损失赔偿。）第38、39条对于教育机构责任的规定，也明确了人身损害要获得救济。此规定是为了保护未成年人的人身权益，特别是生命健康权。

2.对于公共场所安全保障义务的规定

从目前所掌握的情况看，大陆法系国家的法律中对安全保障义务都没有做出一般性规定，而主要是通过判例来确立。但在我国由于情况复杂，这类案件还是层出不穷，为了保护相关人员的人身安全和财产安全，在总结司法实践经验的基础上，借鉴国外的相关规定，《侵权责任法》第37条对未尽到安全保障义务的侵权责任做出了明确规定。

（1）安全保障义务人的范围

在确定安全保障义务人的范围的讨论中，有的意见认为，应采用2003年最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用大量若干问题的解释》的第6条的规定，即“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织”。有的意见认为，应当为“经营者及其他开启或者持续危险者”。有的意见认为，可以引进美国“土地利益占有人”的概念，明确土地利益占有人对其土地上的人负有安全保障义务。在讨论中大家认为，所谓“其他社会活动”或者“其他开启或者持续危险者”的表述过于模糊、不明确，容易引起歧义和争议，不利于司法审判的应用。“土地利益占有人”的概念过于笼统，无法反映安全保障义务的特性和本质。后经综合考虑，将其明确为两类人：其一，宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所的那个公共场所的管理人。这里当然也包括机场、码头、公园、餐厅等公共服务场所。其二，群众性活动的组织者。包括体育比赛活动、演唱会、音乐会等文艺演出活动，展览、展销等活动，游园、灯会、庙会、花会、书市、焰火晚会等活动，人才招聘会、现场开奖的彩票销售、产品展示会等商业活动。

（2）保护对象的范围

安全保障义务所保护的对象必然要与安全保障义务人之间存在某种关系或者联系，但要在法律中作出明确的规定，则由写困难，因为，各种进入公共场所参加活动的人的情况十分复杂，特别对于仅仅进入商场上洗手间、问路、躲雨、找人的人能不能界定为顾客，上错了公共汽车又准备下车的人，是否属于保护对象，非法进入到宾馆打算偷盗的人是否属于保护对象，等等，争议很大，因此，立法中就笼统地规定为“他

人”，没有具体界定，这样就可以根据具体情况判断。但是，我认为，凡是出于非法目的进入公共场所的人，不应当属于保护对象，而如何界定其是否属于出于非法目的，则要根据对于具体的人、事和时间的分析来确定，不可一概而论。

（3）安全保障义务的内容和判断标准

我认为，安全保障义务的内容既可以基于法律的明确规定，又可以基于合同义务，也可以基于诚实信用、交易安全等原则而产生。具体实践中需要确定义务人应当负有的具体安全保障义务的内容，从而判断安全保障义务人是否已经尽到安全保障义务，可以具体参考安全保障义务人所在的行业的普遍情况、所在的地区的具体条件、所组织活动的规模等各种因素，从侵权行为的程度、义务人的能力、是否有制止侵权行为发生的情况，根据实际情况进行综合判断和分析。对于此，学者们可以对于各类公共场所的具体安全保障义务的内容进行分别研究，明确各类公共场所所应当负有的安全保障义务的具体内容。关于这一点我曾经写过一篇文章《经营者对服务场所承担安全保障义务的类型及其内容研究》，不太成熟，但我认为可以起到抛砖引玉的作用。

（4）未尽到安全保障义务的侵权责任

根据安全保障义务的内容不同，可以将安全保障义务分为两类：

其一，安全保障义务人未尽到防止他人遭受义务人侵害的安全保障义务的，应当承担侵权责任。根据《侵权责任法》第37条的规定，宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所的那个公共场所的管理人，或者群众性活动的组织者未尽到安全保障义务，造成他人损害的，如果损害结果的发生没有第三人的介入，安全保障义务人就应当自己承担全部的侵权责任。如，顾客到洗浴中心活动，由于洗浴中心地板有积水未擦干净，又未及时对顾客予以必要的提醒和扶助，导致顾客摔倒受伤，洗浴中心就应当承担侵权责任。

其二，安全保障义务若未尽到防止他人遭受第三人侵害的安全保障

义务的，应当承担相应的补充责任。比如，储户到银行取钱或者存钱，遭到第三人的抢劫，银行的保安人员未尽到安全保障义务，没有及时注意或者制止，导致储户钱款被抢或者人身受到伤害。根据第37条第2款的规定，第三人的行为是造成损害的直接原因，应当首先由第三人承担侵权责任，如果安全保障义务人未尽到安全保障义务也是造成损害的因素，如上述例子，则应当承担相应的补充责任。这种补充责任是有前提条件的，即首先由第三人承担赔偿责任，在无法找到第三人或者第三人没有能力全部承担赔偿责任时，才由安全保障义务人承担侵权责任。如果第三人已经全部承担侵权责任，则安全保障义务人无须承担侵权责任。而且，对于第三人没有承担的侵权责任，安全保障义务人不是全部承担下来，而是在其未尽到安全保障义务的范围内承担侵权责任，就是要根据安全保障义务人未尽到的安全保障义务的程度来确定其应当承担的侵权责任的份额。比如，要分析在当时的条件下安全保障义务人尽到安全保障义务的可能性和可行性。如果安全保障义务人已经尽到一定的努力，但是损害还是发生了，比如保安人员已经受到重伤或者根本无法实施救助义务，等等情况，那么，就可以减轻安全保障义务人的侵权责任。

二、积极借鉴各国的立法经验，力争做到为我所用

（一）以一般条款和具体列举相结合的方式全面保护民事权益

所谓一般条款是指在成文法中居于重要地位的，能够概括法律关系共通属性的，具有普遍指导意义的条款。一般条款具有统率性和基础性

的作用。从世界范围来看，特别是在大陆法系国家内部，没有一个国家的民法典有关侵权责任部分，像我们这样如此广泛全面地对各种私权以及各种利益提供保护。比较一下德国民法典第823条，尽管也是采用列举的方式，但也只是列举了生命、身体、健康、自由、所有权等有限的几种权利。我国的侵权责任法不仅详细规定了各种特殊的侵权责任，而且采用一般条款的形式进行高度概括。第2条不仅进行了全面的列举，而且采用民事权益这一高度概括的概念，同时用了“等”这种提法，使侵权责任法对权利和利益的保护保持了强大的开放性，能够适应未来各种民事权利和利益发展的需要。针对现代社会危险活动普遍存在，事故频发，侵权责任法第69条确立了高度危险责任的一般条款，这在世界范围内都是具有创新意义的。在规定一般条款的同时，又详细列举了各种高度危险责任的具体情形，从而使得危险责任的规定具有可操作性。一般条款和具体列举相结合的方式，既具有可操作性，又具有开放性，这种方式从立法技术上看也是非常科学的。德国民法典第823条的封闭性较强，而我国是开放式的，而且明确把对利益的保护表现了出来，也体现了保护范围的广泛性。

（二）以责任形式的多元化形式，实现责任形式的可选择性

我国侵权责任法全面列举了各种侵权形式，在体系设计上也实现了一般规定和具体列举的结合。第15条是责任形式的一般规定，某些特殊的责任形式例如人身伤害的赔偿、精神损害的赔偿、停止侵害等，在具体规则中对其适用条件等进行了明确规定。就世界范围而言，大陆法系国家的民法典，在侵权责任形式上主要只有损害赔偿一种责任形式，欧洲统一侵权法力图进行一些突破，在示范法里增加了一个恢复原状，但是这个修正还没有成为正式法律，仅仅是“示范法”。总体来说，大陆法系民法里的侵权责任形式都是比较单一的。但是我国侵权责任法第15条

一共列举了8款，共计8种责任形式。我个人理解还不限于这8种，其实第15条所列举的“损失赔偿”还没有包括精神损害赔偿，也没有包括惩罚性赔偿，如果把这些囊括进来，至少是10种甚至10种以上责任形式，这在侵权法的历史上是前所未有的。通过规定全面的责任形式，为受害人提供救济，提供了全面和宽泛的保护机制。各种责任形式都提供给受害人进行选择，可以由受害人选择对他们最有利的方式来保护自己的权利，可以选择一种，也可以多种并用，可以说，侵权责任法是一个为公民维权提供各种武器的“百宝囊”。

三、积极探索制度和规则上的创新，开世界侵权法立法之先河

（一）以归责原则为纲构建我国侵权法体系

我国侵权责任法建立了一个独特、严谨而完整的侵权法体系。通观全篇，我国侵权责任法体系就是完整地按照归责原则建立起来的体系。我们在规定过错责任、过错推定和严格责任三项归责原则的基础上，各种特殊侵权责任基本上按照这三项归责原则来展开。可以说特殊的侵权类型就是在过错责任之外适用过错推定和严格责任的特殊情形。这就是说，过错责任是一般的侵权责任，也可以说，其是总则的内容。而侵权责任法的分则实际上是根据特殊的归责原则来构建的，其所规定的特殊侵权责任基本上都是采特殊的归责原则。具体来说，第5章产品责任适用严格责任、第6章机动车交通事故责任适用过错推定责任、第7章医疗损害责任适用过错责任和过错推定责任、第8章环境污染责任适用严格责任、第9章高度危险责任适用严格责任、第10章饲养动物损害责任适用严格责任、第11章物件损害责任适用过错推定责任，在第4章关于责

任主体的特殊规定中，有关监护人责任、用工责任适用严格责任。正是在这个基础上构建了我国整个侵权责任法的体系。通过归责原则来构建规则体系，以多元的归责原则统领一般侵权和特殊侵权的不同类型，从而整合为统一的体系，这确实非常具有中国特色。

（二）数人侵权行为的制度创新

我国侵权责任法在数人侵权行为的规则上非常有中国特色。首先我们从“共同”这两个字上区分了共同侵权行为和无意思联络的数人侵权。第8条的“共同”应当理解为主观的共同联系，我们第一次用主观共同角度来区分共同侵权和无意思联络的数人侵权。其次，我们吸取了欧洲私法一体化进程中取得的最新经验，第11条规定了累积的因果关系（也有学者译为并存原因、原因力竞合等），第12条规定了部分的因果关系。德国学者一直力图将其民法典的规定解释成我们现在第11条的规定，但是仅仅是学理解释而已。现在欧洲大多数学者都认同这一点，我们首先把它变成了法律文本，并且建构了统一的数人侵权模式，这是一项了不起的立法成就，值得我们认真研究探讨。

四、注重体系的开放性，为制度的进一步发展与完善留下了一定的空间

侵权责任法在立法技术上实现了一大创新，我们采取了一般条款和具体列举相结合的模式，巧妙地做到了高度的抽象概括和适度的具体列举相统一。笔者认为，《侵权责任法》最典型的一个条款就是第6条第1款关于过错责任的一般条款。它把每天重复发生的成千上万的侵权都用

一般条款概括其中。社会生活中，侵权形态千变万化，也许有人会问，仅依靠92个条款怎么能解决所有的裁判依据问题？答案就是我国侵权责任法是一般条款和具体列举的结合。在找不到具体列举类型之时，可以援引一般条款，该一般条款起到了兜底的作用。这就是侵权责任法的独到之处。这种独到之处也为《侵权责任法》的进一步发展预留了空间。

侵权责任法的颁行是我国政治生活中的大事，也是法治建设中的一个新的里程碑，《侵权责任法》的颁布奠定了我国法治建设的重要基础。《侵权责任法》是一部全面保护私权的法，就是一部对民事主体的各项民事权利或者说基本人权在受到侵害提出救济的法。特别是在我国现阶段，私权的保护仍然是一个艰巨的任务，中国法治建设的关键是要着力于保障私权。在此情况下，颁行《侵权责任法》，强化对私权的充分、全面的救济，不仅仅是人权保障事业的重大进步，也是法治建设的重要成就，它是调整最基本的民事权利义务关系的法律，保障公民的基本权利的法律。

《侵权责任法》的颁布是我国民法典制定的重要步骤，我国民法典的编纂采取分阶段分步骤的方式，《侵权责任法》的颁布是继《物权法》之后的一项重要工作。

《侵权责任法》制定本身就体现了鲜明的中国特色。因为在我国单独制定《侵权责任法》，是要将其在未来民法典之中独立成编，这本身是对世界范围内传统民法典体系的重大突破。因为世界各国民法典都是将其置于债法之中，我国《侵权责任法》第一次将其独立出来，是国外先进法律文化和中国本土法治经验相结合的重大制度创新，是对世界法律文化的丰富和发展。

（原载于2010年6月19日《法学杂志》与首都经济贸易大学法学院共同主办的“《侵权责任法》制度创新暨民事权益立法保护学术研讨会”论文集。）

1. 参见曹明德：《环境侵权法》，法律出版社2000年版，第196—197页。237

对《婚姻法司法解释（三）》第五条的分析与解读

《婚姻法司法解释（三）》第五条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”

我国现行《婚姻法》规定了婚姻关系存续期间所得的生产、经营收益及知识产权收益归夫妻共同所有。2004年4月1日开始施行的《婚姻法司法解释（二）》也明确规定，一方以个人此次投资所得的收益为夫妻共同财产，但对孳息和自然增值这两种情形如何认定，未予明确规定。这次《婚姻法司法解释（三）》为了弥补这一不足，专条对此问题予以了明确规定。根据本条规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，其孳息和自然增值部分仍分别为夫、妻的个人财产，除此之外的收益，应认定为夫妻共同财产。这里的夫妻一方个人财产应当是指夫妻各自的婚前财产，而非婚后财产。这就明确区分了一方个人财产在婚后的孳息、自然增值收益部分与其他收益部分，既维护了夫妻个人利益，又兼顾了夫妻共同利益。为了有助于更进一步地理解和正确地适用本条，本文拟对本条予以比较详细的分析与解读。

一、夫妻个人财产的概念和特征

夫妻个人财产，是指夫妻在婚姻存续期间于夫妻共同财产之外享有

个人所有权的财产。其基本特征为：

1.独立于夫妻共同财产之外，意即其不属于夫妻共同财产。夫妻共同财产是指夫妻共同共有的财产，根据《婚姻法》的规定，夫妻共同财产分为五个部分，只要是夫妻双方在夫妻关系存续期间所得，并没有被当事人约定为个人财产，也不属于法律所明定的个人财产的，都属于夫妻共同财产。其具体包括：

（1）工资、奖金

工资、奖金，即为劳动所得报酬，指夫或妻一方或者双方从事一切劳动包括脑力劳动、体力劳动所获得的工资报酬奖金报酬。

（2）生产、经营的收益

该项收益包括夫妻关系存续期间一方或双方经营承包、租赁企业、私营企业、个体工商业、合伙等，其所获收益，均为共同财产。

（3）知识产权的收益

夫妻共同取得的知识产权，如共同写作的书籍、论文，共同开发的专利等，归夫妻共同享有，其所得经济利益，属于夫妻共同财产。但在夫妻关系存续期间尚未取得的经济利益即预期利益，不属于夫妻共同财产。

（4）继承或受赠的财产

对于继承或受赠财产是否认定为夫妻共同财产，我国《婚姻法》作了限制性规定，即：遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方财产的，另一方不享有这项财产的所有权，不作为夫妻共同财产。意即凡是在遗赠或者赠与合同中没有明确确定遗赠或者赠与是给予夫妻中一人的，那么所有的继承或者赠与的财产都归夫妻共同所有。

（5）其他应当归夫妻共同所有的财产

这些财产包括：

①一方或双方取得的债权，包括各种债权及记载债权的文书即有价证券，包括这些债权实现所获得的财产利益，如夫或妻一方购买奖券而中奖、购买股票的增值，均为夫妻共同财产。

②一方以得人财产投资取得的收益。

③夫妻双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金。

④夫妻双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。

⑤夫妻双方获得的资助、捐助等。

2.其权利主体是单个的人，是夫或者妻。意即权利主体依据合同、遗嘱等形式明确是单个的夫或者妻，而非夫妻双方。

3.其权利属于单独所有权，而非共有权。这是从权利的属性来划分的。所谓单独使用权是指所有权主体只为一人的所有权，其与共有权是相对的。

二、夫妻个人财产的范围

现行《婚姻法》第18条明确规定了夫妻个人财产的范围。具体范围是：

1.婚前个人财产

系指婚前个人所有的货币及一般生产资料、生活资料，其归个人所有，不属于夫妻共同财产。这些财产的权利的取得发生在婚前。至于具体获得或者控制该权利的时间是在婚前还是婚后在所不问。但是，如果个人婚前所有的不动产在婚后用共同财产进行过修缮等改良行为，增加

了其价值的，在该财产中应当包含对方配偶的权利。

2.一方因人身伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费

一方因身体受到伤害而获得的医疗费、残疾人生活补助费，具有人身性质，是用于保障受害人生活的基本费用，必须归个人所有，不能作为夫妻共同财产。但随着人身伤害赔偿数额的提高，是否所有全部的人身伤害补偿费都包括在该类财产之内，我认为，出于对于受害人的利益的保护，应当包括全部的人身伤害补偿费，因为这些人身伤害补偿费都是为了保障受害人生活的费用，特别是对于那些受到伤害后基本丧失生活自理能力的人，这些补偿费就是他以后维持基本生活的基本依靠、保障及来源，如果不包括全部的补偿费，既无法保障受害人的根本权益，也不符合公平正义的法治理念，更会破坏和谐的社会生存环境。婚姻法的基本价值取向之一就是保障人权和婚姻法律关系主体的基本权益。但是，如果医疗费用的支出在前，人身伤害补偿在后，而前期医疗费用的支出是用夫妻共同财产支付的，则在补偿（赔偿）获得后，应扣除预先支付的部分。

3.遗赠或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产

遗嘱继承是指按照遗嘱人生前所立的遗嘱来确定继承人及遗产处理的一种继承方式。在遗嘱继承中，遗产的继承人及其继承遗产的数额都是由被继承人在遗嘱中明确指定的，国家确立遗嘱继承制度的本意就是为了使公民充分行使对其个人财产的所有权，使得公民能够按照自己的意志处分遗产，选择自己认为忠实可靠的遗产继承人。这也是民法意思自治原则的体现。如果将婚姻关系存续期间夫妻一方依遗嘱继承方式继承所得的财产作为夫妻共同财产，规定为夫妻双方共同所有，就改变了遗嘱的性质及内容，是与民法中的所有权制度、遗嘱继承制度相矛盾

的，同时，也违背遗嘱人的意志的。遗赠也是如此。因此，遗嘱和遗赠合同中确定只归夫或妻一方的的部分财产应当属于夫妻一方的财产。

夫妻一方受赠的财产，也就是夫或妻作为受赠人接受他人赠与的财产。赠与人之所以将自己的财产赠与受赠人，是由赠与人的主观意志所决定的，这种赠与行为的基本特征是赠与人的赠与对象是特定的，即他将自己的财产只赠与给受赠人，而不是其他人，只要赠与人没有明确表示该财产是赠给某夫妻两个人或者某个家庭的，受赠人的配偶和子女当然不是受赠对象，他们也不能对该财产享有任何权利。如果将夫妻一方受赠所得的财产作为夫妻共同的财产，就是违背赠与人的意志，违反了民法的赠与制度。因此，这种赠与合同中的约定只赠与夫妻一方的财产，应当属于该方的个人财产。

4.一方专用的个人生活物品

这是指专属于一方的日常生活用品，其包括个人的衣物、书籍、资料等极具个人属性的财产，并且这些财产对另一方并不具有多大的财产价值。比如，女方用的女性化妆品，对于男方来讲就没有财产价值；男方用于剃刮胡须的剃须刀，对于女方来说也没有财产价值。但是，比较贵重的物品和其他奢侈品应当除外，因为这些物品一般价值较大，完全归于一方所有不公平，比如，贵重的首饰虽然属于生活用品，但其价值较大，特别是那些含金量较高的黄金、钻戒等这类首饰品，如果完全归一方所有，对对方的权益是有损害的，因为，这种高价值的饰品一般是夫妻间情感的一种象征，或者是在夫妻关系存续期间夫妻双方共同购买的。

5.其他应当归于一方所有的财产

这是兜底条款，是对于属于其他个人财产的一种概括。其主要包括：

（1）复员、转业军人的复员费、转业费、医疗补助费和回乡生产补助费。

（2）军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费。

（3）夫妻一方的人身保险金。包括人寿保险金、伤害保险金等。

（4）其他与个人荣誉和身份具有紧密联系的奖品、奖金。

（5）国家资助优秀科学工作者的科研津贴。

（6）一方创作的手稿、文稿，艺术设计图、草图，专利，等。

（7）其他财产。

三、个人财产婚后收益的范畴

1.“收益”的概念及其分类

“收益”本为经济学中的概念，其含义为生产上或商业上的收入。英文为income，德文为Einkommen，波兰文为dochod，都有收益、收入、利润、收获等含义在内，可理解为：某一段时间内的所得，如薪金、商业收入、投资所得利润等。经济学将收益一般理解为实际物质财富的绝对增加；会计学则认为产出价值超过投入价值差额即为收益。法学上的收益一般指一种财产性的收入，包括通过经营动产或不动产所获得的收入。其包括通过出让财产使用权所获得的利息、租金、专利收入等，也包括财产运营所获得的红利收入、财产增值收益，还包括因市场价格上涨的自然增值等。婚姻法中的所指的夫妻财产所产生的收益，是指夫妻个人或者共同所有的动产（如银行存款、有价证券等）、不动产（如房屋、土地等）所获得的收入。其也包括出让财产使用权所获得的利息、租金、专利收入，财产运营所获得的红利收入、财产增值收益，因市场

价格上涨的自然增值等。总之，一切因孳息、自然增值或者投资经营的收益。

“收益”的分类，在法学上，根据个人财产收益的所属分类，一般将“收益”分为孳息、自然增值和投资经营收益三大类。

2.孳息

孳息是与原物相对应的概念。所谓原物，是指产生孳息的物，孳息是指原物上产生的收益。孳息分为天然孳息和法定孳息两种。天然孳息是指原物因自然规律而产生，或者按照物的用法和属性而收获的物。如牛生牛崽、鸡生蛋、柿子树上结柿子；而法定孳息，则是法定孳息，则是根据法律规定，由法律关系所产生的收益，如出租房屋的租金、借贷而产生的利息等。

3.自然增值

其是指非人为的增值，是在不改变财产的状态的情况下实现的增值。这里的不改变财产的状态即指该财产没有投入生产经营管理所获得的增值。例如，夫妻中一人在婚前拥有一套价值100万元的房产，结婚后，夫妻二人居住在他们共同购买的一套价值200万元的房子中。结婚后，一方婚前所拥有的那套价值100万元的房产并未用于家庭共同经营管理，也没有居住。3年后，由于房地产市场价格暴涨，该房产的价格上涨为250万元，那么这3年期间上涨的150万元部分就属于自然增值的部分。

4.投资经营收益

所谓投资经营收益是指投入一定的物或者资本，通过自己或者他人的劳动而获得的收益，主要表现为股票、基金、经营企业等的投资营

利。如前面所列举的那个例子，如果夫妻中一人在婚前拥有一套价值100万元的房产，在结婚后投入了生产经营，而赚到250万元，那么这250万元就属于夫妻共同财产，而不属于个人财产。

5. 孳息、自然增值和投资经营收益的区别

孳息与自然增值的区别是：孳息必须有原物存在，而且孳息和原物相分离；而自然增值则不需要原物，其价值主要受市场价格等人为因素而产生的收益。自然增值与投资经营收益的区别是：自然增值是未经交易，其市场价值尚未变现；而投资经营收益是通过交易而获得超过原有价值的营利部分。

四、个人财产婚后收益的归属认定

根据《婚姻法司法解释三》第五条“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产”的规定，我们可以从以下几个方面来理解个人财产婚后收益的归属认定问题。

1.孳息归个人所有

我国《物权法》第116条规定：“天然孳息，由所有人取得；既有所有人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有规定的，按照约定。法定孳息，当事人另有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。”照此规定，原物所有人或者用益物权人的夫或妻一方可以取得孳息物的所有权。

我国《物权法》第39条规定：“所有人对自己的不动产或者动产，

依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”根据物权所有权没有变化，其所产生的收益亦归原所有者的物权原理，婚前夫、妻一方取得的财产，其所有权属于婚前个人所有，婚后个人财产的孳息、自然增值部分应当归属于所有者一方所有，而不可划定为夫妻共同财产。例如，夫妻一方在婚前存有100万元的存款，婚后一直存了10年，有了12万元的利息（法定孳息），二人离婚时，这100万元本金及12万元利息就归婚前存有这100万元的一方所有，而非夫妻共同财产。

2.自然增值归个人所有

如前所述，自然增值是非经人为因素的、夫妻个人婚前财产在不改变状态的情况下实现的增值，而其增值并非来源于投资经营管理所得，而是来源于市场价格的波动，根据民法的一物一权原则，一物之上不能存在两种不同的所有权，因而，自然增值作为该物所产生的利益理应由该物的所有权人享有。如前例中，夫妻中一人在婚前拥有一套价值100万元的房产，结婚后，一方婚前所拥有的那套价值100万元的房产并未用于家庭共同经营管理，也没有居住。3年后，由于房地产市场价格暴涨，该房产的价格上涨为250万元，那么这3年期间上涨的150万元部分就应当属于夫妻中在婚前拥有一套价值100万元的房产那人所有，因为，这150万元属于房产的自然增值的部分。

3.其他收益归夫妻共同所有

《婚姻法司法解释（二）》中规定“婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益”，属于《婚姻法》第17条规定的“其他应当归共同所有的财产”的规定。因此，对于一方个人财产在婚后用于投资经营管理时，那么，其收益就属于共同财产，离婚时，配偶有权请求分割。因为，在婚姻关系存续期间，一方虽然用自己的个人财产进行投资，但在投资行为中必然包含了另一方的投入，比如时间、精力、劳动等，包

含了夫妻的共同贡献。这种贡献既有直接的经营、管理活动，也包括了一些间接的贡献，如为了使得另一方有更多的精力和时间管理、经营，而自觉或不自觉地承担起了一些家务劳动和辅助工作，如照顾年幼的子女和年迈的父母老人，与另一方一起为了经营而协助组织、参加一些必要的应酬和活动，协助另一方管理一些后勤、保障等方面的事务，等等。因此，在婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益，应由夫妻共同所有，而非由夫妻一方所有。这既符合我国传统的家庭财产观念，也符合民法上的公平原则。

可见，《婚姻法司法解释（三）》第五条的规定，既是对于《婚姻法》和《婚姻法司法解释（二）》的补充，更是对于我国夫妻财产制度的一个完善。

（原载于《中国婚姻家庭法学研究会第一次会员代表大会中国法学会婚姻法学研究会2011年年会暨婚姻家庭法百年回顾与展望论文集》）

民法之路

目录

前言

2002年12月23日，是中国现代法制史上一个值得永远纪念的日子。

这一天，新中国建国以来的第一部被提交到国家最高立法机关审议的民法草案——《中华人民共和国民法（草案）》，正式交由全国人民代表大会常务委员会审议。这是中国法制建设中一件大事，是法学界的一件盛事。同时，也在全国掀起一股民法热。那么，民法究竟是什么？它是怎么发展而来的？它的起源在哪里？它的本质特性何在？在漫长的历史长河中它经历了怎样的曲折的发展历程？它在当今世界经济发展中的地位究竟如何？这些问题，正是我们这个小册子所要解答的。

为了能够解答这些问题，我们不得不回到距今已经十分遥远，并且已经渐渐被我们淡忘的年代。

第一编
溯源

这是一个形似纺锤的像一个楔子般地嵌入到地中海中心的半岛。这里一直被认为是欧洲文明的摇篮。这里缺乏良港，陆地被亚平宁山劈为南北两半，南部地势平坦，水网稠密，内部联系比较方便，但是资源比较贫乏，宜于农业和畜牧业。早在公元前2000年左右，印欧人由东北移入，在这里创造了特拉马尔文化，从此进入了青铜时代。他们制造出了这些精美的刀剑和生产工具，但是没有文字和城市。过了大约1000年，第二批印欧人进入亚平宁地区。又过了约一个世纪，伊特拉斯坎人从小亚细亚越海而来，他们在离罗马不远的北方建立了城市，征服并开始统治台伯河两岸的拉丁族诸部落。同时，他们也为这里带来了东方先进的生产技术，从此，亚平宁半岛，也就是今天的意大利，进入了一个新的发展阶段——铁器时代。随着铁器的被广泛地使用，大大促进了生产力的进步与发展，直至以发达的商业为基础的迦太基开始向意大利半岛移民，和希腊人在意大利南部和西西里岛建立起许多希腊化的城邦为标志，到公元前8世纪以后，亚平宁半岛才逐步摆脱蒙昧进入文明时期。应该说，直到公元前300年，意大利最先进的文化主要是东方人的创造。意大利受惠于地中海东部沿岸诸发达民族的巨大影响，文明迅速发展起来，其最突出的代表就是罗马城的建立和罗马文化的兴起。

关于罗马城的兴建，罗马人一直流传着这样的一个传说：公元前753年，拉丁人罗慕洛和勒莫两兄弟在婴儿时即被遗弃，是一只母狼带他们到台伯河边的一块浅滩，并哺育了他们。两兄弟后来就以此为自己的家园，创建了罗马城。那时，罗马地区的居民主要是拉丁族人，是一个发展迟缓的农业民族，共有300来个氏族村落，分成12个经常活动的社区，组成了一个共同的拉丁人同盟，他们经常同周围的部落发生战争。

这个距离台伯河口25公里的罗马城中有个小岛，它的周围由七个山包构成了优良的城市建设基地。这里离海不远，便于防守。这样优越的

地理条件显然为罗马的发展带来了很多益处。

在罗马的发展史上，曾经经历过四个时期：

第一个时期是公元前8—6世纪的王政时期，这一时期先后有7个王相继执政，这是罗马原始氏族向阶级社会过度的阶段。到公元前7世纪，氏族内部出现了财产不平等和阶级分化现象，出现了被称为“保护人”的氏族贵族和被称为“被保护人”的门客，这些门客来源于那些归顺依附氏族贵族的贫困破产的家族。他们之间的关系是：前者向后者提供保护和帮助，后者从前者处取得临时份地，并对保护人负有服从、服务、忠诚和提供劳务的义务，战时则作为亲兵出征。与此同时，罗马的奴隶制也发展起来，但奴隶的数量很少，并以从事家务劳动为主。

此时，罗马社会还有一个特殊的阶层——平民阶层，他们来源于那些被征服者和因工商业的发展而迁居于此的居民。他们与奴隶不同，他们有人身自由，并有一定的经济实力，但不能占有公地，也不能与贵族通婚，不能担任国家公职。因此，这些平民为争取权利同贵族进行了长期的斗争，他们迫使贵族作出一次次让步。

公元前6世纪，罗马第六代王塞尔维乌斯·图利乌斯进行了政治改革，废除了原来以血缘关系为基础的三个氏族部落，按照居住地区把罗马划分为四个地域部落，居民就所在的部落登记户口和财产，确定权利和义务，同时将罗马居民不分贵族和平民，一律按财产的多少分为五个等级，不同等级的政治地位、兵役义务都不同。这是一场深刻的政治革命，标志着罗马国家的正式形成，罗马法也随之产生。

这一时期罗马王朝的法律渊源主要是习惯法，它的内容涉及到宗教方面和自然形成的氏族习惯，前者如宗教仪式和历法，后者如关于家长权、保护人与被保护人的关系等。

传说塞尔维乌斯·图利乌斯颁行过有关契约和侵权行为的法律约50条。但这仅仅是传说，现已无证可考。

第二个时期是公元前6世纪——公元前1世纪的500年间，这时意大

利进入了所谓的共和国时期。这一时期，罗马的社会发生了深刻的变化。一方面，在国内，围绕着政治权力的分配、债务奴隶制、土地改革和法律成文化等问题，平民和贵族间展开了尖锐的斗争；另一方面罗马积极向外扩张，先是统一了意大利，后来又打败了非洲的迦太基，取得了地中海的霸权，又将势力扩张到小亚细亚、莱茵河、高卢、西班牙，成为横跨亚非的庞大帝国。罗马的内部斗争和对外扩张，引起了社会结构、社会经济和法律制度的深刻变化：奴隶数量大增，奴隶制度发展到了鼎盛时期；生产力进一步发展，手工业和商业兴盛，财产诉讼增多，外国人大量涌入，由此，调整罗马本国市民间关系的市民法进一步发展，同时，调整外国人间关系的万民法逐步形成。

在共和国建立之初，法律是由贵族执政官掌握，平民甚至不被允许了解法律，遇有讼争，法官往往徇私枉法，欺压平民；加之高利贷盛行，利率毫无限制，平民极易沦为债务奴隶。这些都激起了平民的强烈不满。终于，在公元前462年，由保民官特兰梯留发出倡议，由平民组成委员会起草法律，虽然遭到了贵族的反对，但经过相互间的妥协，成立了一个十人委员会，从事立法活动。委员们到当时另一个强盛的城邦，欧洲文明的另一个先驱——希腊，考察了希腊梭伦改革的情况并搜集了其他法律资料，于公元前451年制定了法律十表，将其公布于这个罗马广场。平民不满其内容，次年，又另选了10人团，贵族和平民各占一半，制定了两表，作为前者的补充，两者合称《十二表法》。原始的《十二表法》在公布后60年，即公元前390年，在高卢人焚烧罗马时遭到毁灭，未留下任何残片，也没有官方的抄本传世，现在所知的《十二表法》的主要内容散见于古典法学家的著作里，经后人整理而成。

《十二表法》是罗马第一部成文法，它总结了前一阶段的习惯法，并为以后罗马法的发展奠定了基础。各表的内容依次为：审判引言、审判条例；审判条例（续）；债务法；父权法；监护法；获得物、占有权法；土地权利法；伤害法；公共法；神圣法；补充条例（一）和补充条例（二）。它的特点是内容广泛，诸法合体，公法与私法、实体法与程序法、宗教法与世俗法兼收并蓄。

《十二表法》固定了自由民与奴隶间地位和权利的不平等，维护私有财产，规定：放火者、夜间行窃或践踏别人田地者均处死刑；限制高利贷的获得，固定年息最高为百分之八点三三；给予无力还债者以三十天的“宽限时间”；如死者没有遗嘱，又没有继承人，财产归父系的最近亲属继承，若无父系近亲属可由氏族成员继承；故意伤害人肢体而未能取得和解时，伤人者也应受到同样的伤害。

《十二表法》是罗马法发展史上的一个里程碑，自公布后至公元6世纪优士丁尼大帝编纂法典时的近1000年中，它从来没有被明文废止过。它既为此后罗马法的发展奠定了基础，也是古代奴隶制法中最具世界性意义的法律文献之一。从《十二表法》的内容和法律发展史的角度看，它无疑可以看作是私法，也就是民法的起源和滥觞。

此后，罗马又制定了一系列成文法，较为重要的有：公元前445年的卡努列亚法，它取消了平民不能和贵族通婚的限制；公元前367年的李锡尼——绥克斯图法，它确认了平民担任执政官和其他高级官吏的权利；公元前326年的波提利阿法，它废除了债务奴隶制。特别是公元前287年的霍尔腾西阿法，它规定平民会议决议等同于法律，对全体人民有约束力。

这样，至公元前3世纪左右，平民要求与贵族平等化的进程基本完成，平民开始享有完全的公民权。

在共和国前期的法律中，其适用的对象是城邦中的民众全体，即罗马市民，这些法律被称为“市民法”，也就是公民法，是罗马固有的法律。

共和国中叶以后，随着罗马的扩张带来了商品经济的发展，狭窄古板的市民法已不能适应经济与社会多样化、复杂化的局面了，因此，就依靠罗马的高级官吏或长官发布告示，提供新的救济手段来弥补市民法的不足，从而推动了市民法的进一步发展。

但是，随着商业的繁荣和罗马征服地区的扩大，市民法的局限性越

来越突出，特别是异邦人的不断增多，这些异邦人与罗马市民间的政治、经济矛盾也日益尖锐，为了解决这些异邦人的内部以及他们同罗马公民间的权利义务关系，公元前242年设置了外事最高裁判官，专职处理此类案件，由此逐渐形成了一套万民法。

市民法亦称公民法，是罗马国家早期的法律，是由民众大会和元老院所通过的，带有规范性的决议及其他一些习惯法规范，其范围仅限于罗马公民。市民法的内容主要是有关罗马法共和国的行政管理、国家机关及一部分诉讼程序的问题，涉及土地占有、债务关系、财产继承等财产方面的不多。

万民法是随着商业的发展和罗马征服地区的扩大，罗马人与异邦人以及被征服地区广大居民间关于适用法律的矛盾日益突出而产生的，为了解决他们内部以及与罗马公民相互间权利义务关系的法律。万民法产生于公元前三世纪。它的基本含义是“各民族共有的法律”，来源一是罗马固有的“私法”规范，二是与罗马人方式关系的其他各族的规范。万民法的内容绝大部分属于财产关系，特别是有关所有权和债的方面，万民法的体系比市民法更加完备。但它与市民法不是完全对立的，最高裁判官通常将万民法的原则移用到市民法中去，后来随着异邦人获得公民权，两个体系逐渐接近。

万民法比市民法更灵活，更能适应罗马奴隶制经济的发展。于是，到了6世纪中叶最终将两者统一了起来。整个罗马法体系就是在市民法是基础上建立起来的。

第三个时期，是从公元前1世纪至公元3世纪。这个时期是罗马空前繁荣的时期，在市民法与万民法逐步融合以后，在这种平等的基础上，加之希腊自然法思想的影响，罗马法和罗马法学都获得了充分的发展。这一时期，一般被称之为“法学昌明时期”或“古典时期”。

这一时期，法学上的一个重要特点，就是法学家的解答成为罗马法的重要渊源。据法国著名私法学家朴蒂埃考证，这一时期的法学家有92人之多，其中杰出的有五位，他们被后世称为罗马五大法学家，他们的

名字是：盖尤斯、帕比尼安、保罗、乌尔比安和莫德斯丁。根据426年公布的《学说引证法》的规定，他们五位对法律的解答和著述具有法律效力。当他们意见不一致时，一般采用少数服从多数，未形成多数意见时，以帕比尼安的意见为准，当帕氏未表态而意见出现二对二或一对一情况时，法官可自行处理。

第四时期，是从公元3世纪到6世纪中叶，这个阶段对于罗马帝国来说，是一个比较复杂的时期。在帝国的内部，奴隶制经济的危机带来了严重的政治危机，日益衰落的国势，使得帝国逐步陷入分崩离析的状态。在外部又遭到了兴起于欧洲中部的日耳曼人的严重侵扰。当年战争的惨烈程度是空前的，罗马人在战争中负出了巨大的牺牲。但仍未能够挽救这摇摇欲坠的庞大的罗马帝国。终于，于公元395年，罗马帝国正式分裂为东西两部，西部以罗马为中心，东部以君士坦丁堡为中心。公元476年，在奴隶、隶农起义的打击下，日耳曼人大举入侵，西罗马帝国灭亡，西欧社会开始向封建制过渡，东罗马帝国延续到1453年被土耳其所灭。

帝国后期在立法上的一个突出的特点，就是国家和私人编纂法律之风盛行，因而这一时期又被称为法典编纂时期。然而，大规模的系统全面的法典编纂工作，则是在6世纪20年代至60年代，东罗马帝国皇帝优士丁尼的统治期间和他死后的一段时间进行的。

从优士丁尼就任皇帝位的第二年，也就是公元528年起，东罗马帝国就开始了大规模的法典编纂工作。他任命以特里波尼为首的10人法律编纂委员会对当时有效的历代皇帝的敕令进行整理、汇总、删改，按照法的渊源、宗教法、私法、刑罚、行政法等内容，编成章节，每章按颁行的时间顺序分列敕令，各敕令注明皇帝姓名并附颁行日期、地点，以便查考。法典共12卷，于公元529年颁布，这就是历史上著名的《优士丁尼法典》，5年后又颁布了它的修订版。这是当时罗马帝国最全面、规模最大的一次立法活动，其私法内容，几乎完全为以后法典所囊括。

《优士丁尼法典》颁行后，为了继续搜集历代罗马法学家的大量的

著作和言论，以补充法典的不足和遗漏，公元530年，优士丁尼又委任了17人组成专门委员会将历代罗马著名法学家的著作和言论，分门别类地加以搜集、整理和摘录，花费了整整3年时间，于533年底编成了一部集历代法学家著作之大成的《优士丁尼学说汇编》，又名《学说汇纂》。它收集了39名罗马历代著名法学家的言论9123条，将它们汇编成50卷。都分章、节编排，写明当时皇帝的名字、作者、书名及该书的卷数。这部汇编是罗马帝国法律汇编中最为广博的一部，其中列入法学家的著作达50余种，半数是乌尔比安和保罗的作品。它所收集的大量不同时期法学家对罗马法的种种解释和学说，保存的许多立法和法学理论的原始素材，已成为后人研究罗马法和民法理论的不可或缺的珍贵文献。

为了进一步充实罗马法的理论和内容，公元533年底还公布了另一部叙述罗马法原理的简要课本——《优士丁尼法学总论》，又名《法学阶梯》。它以盖尤斯同名著作为蓝本，进行删改增补，按照人法、物法和诉讼法的次序，分章、节编排而成共4卷。它是“钦定”的罗马私法教科书，本身具有法律效力。它是研究罗马私法、特别是民事诉讼法的宝贵史料，它所确立的体系对后世有着重要影响。

优士丁尼死后，公元565年，法学家又把优士丁尼在法典编完后陆续颁布的168条新敕令汇编成集，称为《优士丁尼新律》，它的内容多属于公法和宗教法，也有关于婚姻、继承方面的规定。

以上这四部法典，在12世纪被注释法学派合称为《国法大全》，又称《民法全书》或《罗马法大全》。它反映了优士丁尼一世和罗马全盛时期的法学全貌和精华，从世界范围来看，它是近代民法的蓝本和基础。出台于19世纪初和20世纪初的《法国民法典》和《德国民法典》，就是分别以《法学阶梯》和《学说汇纂》为蓝本而制定的。而其他国家，如丹麦、意大利、希腊、瑞士等大陆法系国家的民法典，也都是仿效法、德两国的民法体系，受罗马法的影响。因此，罗马法对资产阶级世界统一法制具有重大的贡献。

罗马法是人定法而不是神意法，其十二表法就是“十人立法委员

会”制定的，根本未称是神意，相反，法中还有调整宗教关系的规范。

罗马私法特别发达，所有权、债、家庭婚姻与继承是罗马法的核心内容和主要规范。

在罗马，最早出现的是市民所有权，这种权利的客体主要是罗马附近的土地、一部分被政府地区的土地、奴隶和家畜等。市民所有权的转移，视物品的重要性而有不同的规定，如土地、房屋、耕畜等物品进行买卖或赠与时，需要履行特殊的手续，即讲出一定的语言、做出一定的动作，特别是要有证人在场。至于农产品、日用品、货币等物品转让时，则不必依据一定的形式，可以自由转让。前者物品称为要式转移物，后种物品称为略式转移物，两者的主要区别在于转让的方式不同。

共和国中期，随着罗马人与外地人通商、贸易关系的日益频繁，又出现了一些诸如最高裁判官所有权、省的所有权和异邦人所有权等所有权形式。这三种所有权的形式式由于参与民事法律关系的主体和客体不同而区别的。到了帝国后期，随着中央集权的进一步发展，异邦人全部获得公民权，这些所有权的差别逐渐消失，逐步形成为统一的无限制的私有权，这种无限制的私有权的概念为后来的资产阶级所就接受。

在罗马，债的发生主要分为两种，一种是双方当事人签订契约所构成的债；另一种是由于一方对他方的人身或财产的侵权行为所引起的债，前者称为契约之债，后者称为私犯。契约之债分为曼兮帕蓄式、涅克疏姆式、斯帕蓄式等。这里的第一种曼兮帕蓄式，其性质是一种买卖契约，主要是在买卖要式转移物、收容养子和确定夫权等场合下适用的。订立契约时，除当事人外，须有六人到场，其中一人为“计量者”，其余五人为证人。买主到场后，当走到“计量者”之前，抓住他要买的奴隶或物品，对卖主和所有证人说：“这个奴隶（或东西）时我的，是我化了这么多铜买的”，说罢便将铜块放在“衡器”上，契约就此生效。第二种涅克疏姆式，是一种借贷契约，契约缔结后，债务人要以人身作为担保，到期不偿还债务，债权人可以对债务人施加暴力，而债务人要完全听从债权人的摆布。斯帕蓄式是一种口头契约，是通过双方当事人的

问答方式而订立的。签订契约时，债权人要问："你愿意更给我一百吗？"债务人答："愿意，"契约即告完成。

共和国后期，随着罗马人与外省经济联系的加强，契约的形式主义色彩逐渐消失，出现了各式各样的契约形式，在《查士丁尼法学总论》里，分为要物契约、口头契约、文书契约和合意契约四类。要物契约指契约缔结时要求转移一定的物品才能成立，属于此种契约的主要有借贷和寄托。口头契约的成立要求一定的语言，否则而不发生法律效力。文书契约要求拟成文书，主要适用于商业活动。合意契约范围较广，买卖、租赁、合伙等都需要签订此类契约，签订手续也最为简便。

在罗马，凡是违法加害于他人的人身或财产的行为都称为私犯。私犯主要有对身私犯、盗窃和对物私犯三种。这些私犯逐渐被当作犯罪来看待，由国家机关直接加以惩罚。

在古代罗马，婚姻被认为是"夫妻之间的永久结合"。起初，婚姻权是罗马公民的一个特权，非公民不受市民法的保护，不能与罗马市民通婚。同时，婚姻还与政治等级、宗教等因素结合在一起，如曾经禁止贵族与平民、罗马人与异邦人结婚；到查士丁尼时期，犹太教徒与基督教徒、洗礼者与未受洗礼者之间不能通婚。家庭中以家长为首，家长称家父，他对家里的一切成员享有绝对的支配权。当时在罗马社会流行"有夫权的婚姻"，这种婚姻妇女加入丈夫的家庭，受夫权支配，妻在夫面前没有任何权利，夫可以随意离婚，只要夫的一方提出离婚申请，即可成立；妻有不忠行为时，夫有权杀死她。在财产上实行夫妻财产一体主义，妻的财产不论婚前或婚后的，一律属于夫。此种婚姻在共和国后期已不多见，到了查士丁尼时期，已经绝迹。

在罗马，最初主要是采用法定继承，死亡者的财产和债务由儿子继承，没有儿子则由死者的兄弟继承，如无兄弟，则归父系亲属继承。后来，出现了遗嘱继承，取得死者的遗产必须偿还债务，遗嘱处分必须在民众大会上公开宣布。共和国后期，开始将继承人划分为四类：儿女；死者的兄弟与父系方面的亲属；六等以内的血亲；生活困难的配偶。

罗马法中的这些原则和精神，后来被资产阶级国家所沿袭。

在谈到罗马法所取得的巨大成就的同时，我们就不能不谈到罗马法学家们所做出的巨大贡献。

恩格斯在谈到罗马法时曾经说过："随着立法发展为复杂和广泛的整体，出现了新的社会分工的必要：一个职业法学者阶层形成起来了。"

从公元前254年科伦卡纽士公开传授法律知识，解答法律问题开始，到公元426年《学说引证法》颁布，确立了五大法学家的地位的这近700年间，罗马涌现出了一大批杰出的法学家，他们极大地推动了罗马法的发展。

特别是在公元1世纪到公元3世纪中叶的这200余年间，共涌现出了92位法学家，其中最优秀的就是我们前面已经提到的那五位法学家。他们在社会上普遍地受到尊重，法学处于尊崇的地位。他们分成两大派别，在许多问题上展开争论。这一时期，法学家的学术活动、教学活动以及提供咨询的活动都是自由的，法学著作充满了独立和批判精神，富有创造性。如拉贝奥以"进行了大量创新"的法学家的形象而引人瞩目；犹里安对他之前罗马法几百年的发展情况作了总结，其广泛而系统的90卷《学说汇纂》标志着罗马法发展到了炉火纯青的地步；盖尤斯的《法学阶梯》通俗易懂，普及率极高。应该说这一时期，是罗马法学发展的鼎盛时期。

这些法学家的活动是大量的和丰富多彩的，这些活动主要表现在4个方面：

一是解答，就是通过口头或书面形式对民众咨询的法律问题的答复。

二是意见，就是向皇帝和执法官提供法律意见。

三是教学，就是通过私立的法律学校向公众讲授法学理论和法律知识。当时，私立的法律学校，遍及帝国各地。在教学活动中形成了真正

的学派，即普罗库路斯派和萨比努斯派，帝国前200年的大部分法学家差不多都归属于这两个学派。

四是著述，这是法学家最频繁和最主要的活动。这些著述大致可以分为以下几类：

第一类，法学汇编，是对各种解答、问题或争论的汇编，具有法律百科全书的性质；第二类，市民法评论；第三类，告示评论，是对共和国时期和帝国前期各类长官公示的整理与注释；第四类，对法律或元老院决议的评论；第五类，法学阶梯，这是基本的教学材料，供法律初学者入门之用；第六类，对其他各项议题、某项法规或某一法学家的评述等等。

正是由于罗马法学家们上述这些积极的活动，才使得罗马法学和立法活动取得了空前的伟大成就。

但是，随着帝国的逐步衰落，罗马古典法学家构建法学理论的首创性开始下降，出现了所谓法学官僚化的进程。像帕比尼安、保罗、乌尔比安都成为了帝国权力中心的官僚，他们的解答与著述具有明显的官方色彩。因而，他们著述的全面性、深刻性和创造性都有所下降。到了后古典时期，也就是从3世纪末到5世纪这一时期，法学家及其活动已不再受统治者的重视和大力扶持。出现了两项新的法律原则："凡是君主喜欢的东西就具有法律效力"，"君主不受法律约束"。从此，法学家著述的创造性被加工编纂的倾向所取代。到帝国专制时期，"公开解答"不再存在，皇帝的敕令成为法律的唯一渊源，原来由法学家担任的皇帝法律顾问的工作，也改由帝国文书处和有关机构的一些无名的勤杂吏去做，法学家及其法学理论的指导作用终止了。

由此可见一个真理：当一个社会处于其发展顶峰的时候，它的学术研究的氛围就必然宽松，学术成果也必然令世人瞩目；而当一个社会处于其发展的低潮或开始走向衰落的时候，它的学术研究的氛围就必然紧张，其学术成果也必然大大委缩。

但是，无论怎么讲，罗马法学家对罗马法的伟大贡献是谁也抹杀不了的。

西方学者普遍认为，古代罗马社会传给我们有形的文化遗产，最著名的是两项：一项是《圣经》，另一项就是罗马法。

德国著名法学家耶林在他所著的《罗马法精神》一书中说："罗马帝国曾三次征服世界，第一次以武力，第二次以宗教，第三次以法律。武力因罗马帝国的灭亡而消失，宗教随人民思想觉悟的提高、科学的发展而缩小了影响，唯有法律征服世界是最为持久的征服。"

著名比较法学家艾伦·沃森认为："罗马法对于法律制度的影响是整体性的，一方面影响了法律家研究法律的方法，另一方面影响了私法规范，这种影响是决定性的"。

罗马法的内容和立法技术远比其他奴隶制法更为详尽，它所确定的概念和原则具有措辞确切、严格、简明和结论明晰的特点，尤其是它所提出的自由民在"私法"范围内形式上的平等、契约以当事人同意为生效的主要条件和财产无限制私有等重要原则，对于后来欧洲许多资本主义国家的法律，特别是民法的发展都有者很大的影响。马克思主义经典作家指出罗马法是"简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法"，是"纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现，以致一切后来法律都不能对它做任何实质性的修改"。从十二世纪到十五世纪，欧洲出现了"罗马法复兴时期"，许多国家纷纷采用罗马法。资产阶级取得政权后，差不多都以罗马法为基础，结合本国实际情况制定和改造自己的法律体系。其中法国、德国等西欧大陆国家，将罗马私法略加修改，变成现行法，从而形成了"大陆法系"；英国等国家，则吸收其基本原则和思想，借以推动本国民法的发展，形成了"英美法系"。应当说，这两大法系无不受罗马法的影响，只是在形式上有所差别罢了。中国至今仍属于大陆法系国家。

起源于2700多年前，适用了千余年，给后人带来巨大影响的罗马法，在今天虽然已经失去了它的实用价值，但是，它所蕴藏的巨大文化

内涵，却始终是我们研究、学习的对象。现在所有大学的法律系和法学院校，在讲述民法基本理论和法制史时，无不将罗马法作为一个重要的内容而加以详细阐述。可以说，没有学习过罗马法精髓的人既不可能成为一名真正的法学者，也不可能成为一名合格的法律工作者。

岁月悠悠，历史长河已经走过了无数的日日夜夜，经历了太多的风风雨雨。但是，罗马法，这个悠久而永恒的话题，这个古典法的典范，这个近现代民商法的基石和源头，它是我们了解和研究民法的起源、本质和基本理论的门槛，也是人类宝贵的文化遗产，值得我们认真地珍惜与传播。

第二编
新生

一看到这个位于法国巴黎市中心的建筑物，人们就不约而同地会想到一个在法国乃至欧洲历史上都留下了赫赫威名的人物——拿破仑·波拿巴。当人们在为他在保卫法国和横扫欧洲大陆的战争中所建立的丰功伟绩及表现出来的非凡的军事才能所震撼所欢呼的时候，也许，你不曾注意到，他在荣登法国皇帝宝座的同时，还得到了另一个令他无比自豪的学衔——法兰西科学院院士。这是一个令他终身为之陶醉和倾倒的头衔。当他被放逐于大西洋圣海伦娜孤岛时，他在总结般地评论自己一生功过的时候，曾经说过这样的一段话："我真正的光荣并非打了四十次胜仗，滑铁卢之战抹去了关于这一切的记忆。但是有一样东西是不会被人忘记的，它将永垂不朽——那就是我的民法典。"而他的被授予法兰西科学院院士的原因，就是因为他主持编订了这部举世闻名的《法国民法典》。

这就是当初《法国民法典》第一版的封面。

在这个封面上，我们看到它的赫然的标题是："法国人民的民法典"。

要解说这部民法典的由来，我们还得回到欧洲的中世纪时期。

公元五世纪，西罗马帝国灭亡，欧洲从此进入了封建制时期——人们把这一时期叫做中世纪。在西部日耳曼人建立的诸王国中，最先强大起来的是诞生于高卢北部的法兰克王国。应当说，欧洲的封建制度是古老的罗马遗产和日耳曼传统相结合的产物。日耳曼的军事征服者没有能力直接管辖其辽阔的征服地区，在建立王国的时候，就把新占领的土地分封给自己的亲兵扈从、廷臣以及教会。接受封地的封臣必须与宗主，也就是国王订立封建契约，以明确彼此之间的权利和义务关系：封臣拥有受封的土地，他根据传统享有封地上的经济收益和司法权力，国王一般无权干涉封地内的事务；封臣必须承担组织军队、保护王国以及缴纳各种特定税赋等义务。

获得封建的贵族视其封地的大小和地位的重要与否分别使用不同等级的爵号：公爵、侯爵、伯爵、子爵或男爵。封建主通常将他们的领地建成或大或小的庄园，领主在庄园险峻的地方建立居住和拱卫领地的城堡。

这就是欧洲中世纪典型的领主城堡。它们一般是一座独立的团城似的建筑物，在其外围有护城河、巍峨的城门、吊桥、高大的城墙、角楼和屯兵的堡垒；围城里面则有若干大小不一的供人居住的建筑物和各项基本生活设施，如水井、作坊、市场等。在城堡的中心地带，一般有一个较大的公共广场，广场周围建有高大、辉煌的建筑物和教堂。整个城堡自成体系，与外界相对地独立。平时，这里既是封建领主的居住和主要活动场所，也是比较集中的商业区和领主举行重大仪式、聚会和接见平民的场所。战时，则是防守的军事堡垒和屯兵所在，里面一般还有军火库、器械作坊等军事后勤设施。在这些城堡的周围，分布有大小庄园，这些庄园被分成若干小块，由依附于庄园的自由农和农奴耕种，同时，他们向领主提供劳役和一些特定的财物。整个庄园成为一个基本自给自足、墨守成规的乡村社会。

欧洲的封建制度同古代中国社会相比，相同的是农民对于土地的依附与小生产方式；不同的是法律关系及其政治组织方式。这种以土地所

有权和人身依附关系为核心内容的封建制度，使任何中央集权和君主专制均失去了存在的基础，整个社会笼罩在贵族政治、等级和阶级的种种特权之下。应该说，欧洲中世纪的封建制度提供了一种基于法律，主要是契约的忠诚与信任，养成了将私人财产与社会义务相联系的传统精神。作为一种文化，它同欧洲近代出现的资本主义文明有着某种内在的联系。也可以说，早在欧洲中世纪时期，在欧洲就已经埋下了近代资本主义文明的种子。

公元843年，法兰克王国分裂为三个独立王国，法兰西王国就是其中之一。另两个是今天的德意志和意大利。法兰西王国是中世纪西欧封建制度的中心，它的法律制度也比较典型。

法兰西王国依然承袭法兰克王国的法律渊源，包括日耳曼法、罗马法、教会法和王室法令。在各种因素的相互作用之下构成了复合型的法文化。

综观法兰西千年法制史，在地理上以卢尔河为界，分南北法区。南为罗马法区，北为习惯法区。两者各占法国疆域2/5和3/5比例。

在时间上以朝代为界，可将法兰克王国分为3个时期：

第一个时期为9到12世纪的封建割据时期，此时以习惯法为主，法源颇为分散，在适用时，主要靠法官的记忆和口传的惯例，没有其他准则。其中城市习惯法占有重要地位。最著名的就是巴黎习惯法，它不仅适用于法国，还传播到法国海外殖民地，如加拿大，直到19世纪以前，仍适用巴黎习惯法。这些城市习惯法渊源于罗马法。

第二个时期为12到16世纪的等级代表君主制时期，此时罗马法影响渐大，王室法令地位上升，教会法作用逐渐减弱。这时，来源于日耳曼的习惯法已不能适应商品货币关系的发展，而产生于早期商品经济时期的罗马法则更能适应当时的需要。罗马法的影响逐渐由南部扩大到北部地区，对罗马法的研究也相应地加强。法王法兰西斯一世曾聘请意大利法学家在大学里讲授罗马法，于是，在全国研究和传播罗马法蔚然成

风。在司法实践中，罗马法成为法官断案的最具有权威性的准则。这就为资产阶级革命后，法国成为以罗马法为基础实现法律统一的典型国家打下了深厚的理论和实践基础。

第三个时期为16到18世纪的君主专制时期，这时，君主的敕令作用明显地加强，王室法令凌驾于其他法源之上，大有一统天下之势。但是，这些敕令大多则仍渊源于罗马法。

其实，罗马法区与习惯法区也并非泾渭分明。南部不乏日耳曼因素浓重的习惯法，北部在习惯法未涉及处，也采罗马法以弥补它的不足。特别是伴随着12世纪《国法大全》的被发现，罗马法影响自南往北缓慢推行，习惯法逐渐为罗马法所改造。同时，罗马法与习惯法之间的差异，也因教会法的影响而缩小。而作为法律的传播和研究者的实务法律家阶层，这时也开始与国王达成一种结盟的关系，他们帮助国王修改法律、制定对内、对外政策，成为国王在政策和法律上的实际助手，他们折衷习惯法与罗马法，调和了教会法与世俗法之间的摩擦和矛盾，并以法典的形式颁布系统的王室法令，使得法国法由南北对峙、僧俗相争的局面，逐步向统一化、民族化、系统化发展，这就为以后大陆法系的形成奠定了实践基础。

由此可见，即使在封建君主统治时期，罗马法仍然是欧洲大陆一些主要王国的重要的法律渊源，直到18世纪大革命之前，罗马法在欧洲大陆始终没有被割裂或抛弃过。这种不间断的法律文化的延续，造就了罗马法在欧洲大陆的迅速崛起，最终奠定了近代民法产生和发展的社会文化基础。

轰轰烈烈的法国大革命揭开了世界历史的新的一页，它敲响了封建制度的丧钟，宣告了全新的资本主义社会的诞生，也揭开了法国近代法的序幕。

法国大革命以后，法国的立法经历了两个发展阶段：第一个阶段是初创时期，从1789年革命开始到雅各宾派专政时期结束为止，第二个阶段是第一帝国时期，也就是拿破仑时期。

自从1799年7月27日“热月政变”颠覆了雅各宾派专政以后，一些靠供应军需品和投机倒把而致富的“暴发户”建立起了由五个督政官组成的督政府，因而助长了王党的反革命气焰，引起了经济的混乱，使得刚刚建立的资产阶级政权摇摇欲坠。这时，正在埃及前线指挥法军作战的拿破仑回到了巴黎，于11月9日发动了雾月政变，推翻了督政府，建立起了以拿破仑为首的执政府，从此开始了拿破仑的独裁统治时期。在以后的十年时间里，拿破仑以其罕有的胆识和卓越的智慧，邀集了一批思想稳健的法律家，结合革命原则和传统观念，建构起包括宪法典、民法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典和刑法典在内的完备的六法体系。全面规定了资产阶级法律制度，贯彻了个人主义和自由主义法制原则。这是一个以罗马法为蓝本、以民法典为基础、以宪法为根本法的有机整体。它的出现，标志着以法国法为代表的大陆法系的形成。

应当说，拿破仑的上台，在当时是顺应了时势的发展需要的。

18世纪末19世纪初的法国，在一场摧枯拉朽的大革命后，客观上要求建立起稳定的新秩序。否则，革命的成果便会在动荡中得而复失。所以，必须有一个强有力的政府来担当此重任。顺应时势的拿破仑借助资产阶级的扶持，通过政变掌握了政权，结束了长达10年的剧烈动荡，建立起了稳定的秩序，拯救并完成了革命，并为大规模的法典编纂活动提供了坚实的保障。所以有人说，有了拿破仑的执政才使得编纂民法典的条件成熟，而拿破仑本人对编纂民法典又抱有极大的兴趣。他在编纂民法典的过程中自始至终都倾注了全部的心力，他想在他的有生之年，一举完成法典编纂的伟业，以便作为历史上伟大的立法者而名垂青史。事实上，他的这个宏愿最终还是实现了。拿破仑，这个名字伴随着这部民法典的诞生而响誉世界，并为后人所永远纪念。

法国，早在大革命前就已经出现了要求法律统一的要求和趋势，那时，各地的习惯法仍发挥着作用，对同一事件，在不同的村子和地方所依据的法律和习惯以及得出的结论就完全不是一回事。法国大革命爆发后，资产阶级在宪法中正式提出了“迅速颁布统一的民法典”、“全王国

共同的民法典”的要求。在1789年颁布的《人权宣言》等法律、法令中，就提出了诸如废除婚姻的许多宗教和封建束缚、允许自由离婚、宣布妻子与丈夫地位平等、宣布儿女都享有平等继承权等基本民法原则。拿破仑上台以前，资产阶级曾多次提出制定民法典，但由于各派思想和观点不统一，未能成功。1799年雾月18日，拿破仑发动了政变，建立起拿破仑第一帝国，颁布了《共和国八年宪法》，为法国民法典的制定创造了政治条件。1800年8月8月12日，拿破仑主持成立了民法典起草委员会，该委员会在四个月内完成了民法典草稿，召开了102次审议该草案会议。参政院为讨论民法典草案召开过87次会议，由拿破仑主持的就有35次。从1803年2月5日到1804年3月15日陆续在立法院通过该法典全文，1804年3月21日由拿破仑签字公布实施。1807年9月9日命名为《拿破仑法典》，1814年第一帝国被推翻，恢复《法国民法典》的名称。1852年拿破仑的侄子路易·波拿巴称帝后再度称为《拿破仑法典》，1870年他倒台后，正式称为《法国民法典》，但习惯上仍称《拿破仑法典》。

民法典由前编和3编正文构成，正文共35章，计2281条。

《法国民法典》的第一编共11章，主要内容包括民事权利的享有与丧失、身份证明、住所、婚姻、父母子女关系、收养、监护、亲权、未成年人的监护和亲权的解除、成年人的法律地位及禁治产等。

第二编共4章，是对财产和所有权的规定，主要包括对财产的分类、所有权的法律保护及财产使用等内容。法典以详尽的条文严格保护资产阶级的财产所有权，明文规定：“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益、处分的权利。”这就肯定了资本主义无限私有制的原则，对于资本主义经济的发展提供了法律上的保障。

第三编共20章，是对取得财产各种方法的规定，主要包括继承、遗嘱、夫妻财产关系、契约或合意之债一般规定、买卖、租赁、合伙、借贷、信托、委任以及质权、抵押权、民事拘留等。

这部民法典于1804年3月21日，由拿破仑签字公布实施，1807年9月

9日命名为《拿破仑法典》，从此，拿破仑的名字就伴随着这部法典而传遍天下。直到今天，人们习惯上仍将这部法典称为《拿破仑法典》。

《拿破仑法典》体系庞大，条文众多，都围绕着一个中心，那就是维护资本主义所有制。但是，它言简意赅地规定了资产阶级民事关系的基本原则和具体内容，对于巩固法国资产阶级革命的成果，促进资本主义的发展，具有巨大的历史意义。该部法典成为许多资本主义国家民法的典范，几乎所有大陆法系国家的民法都是根据它的基本原则和精神及主要内容而制定的，只是在篇章、结构和具体内容上在结合本国的具体情况和当时的政治、经济发展的需要而有所删改或变化。

所以，恩格斯称它是一部“典型的资产阶级社会的法典”。

从《法国民法典》颁布到今天200年的时光已经悄然逝去，虽然，社会的政治、经济生活已经发生了翻天覆地的变化，但是，法国民法典现在仍是法国民法的重要支柱。它的文字和精神虽经多次修改，但其结构和阐述方法至今未变，法国民法的基础和各项原则仍要到民法典中去寻找。在这两个世纪中，法国宁可以小修小补的方式保存其整体的存在，而不愿以新法典取代之，足见其在法国人心中的崇高地位了。

对于这部民法典来说，毋宁说这是一部200年前的民法典，倒不如说它已经成为法兰西文化的一部分，是法国文化的一个象征。

从法制史的角度来说，正是有该部法典的诞生，才拉开了世界近代法制的序幕，预示着一个更加丰富多彩、色彩纷呈的法律世界的到来。

民法，这个古老而年轻的、随着时代发展而日益活跃的法学学科和社会现象，迎来了她自罗马法以来的又一个蓬勃发展的黄金时期。

与《法国民法典》形成鲜明对比的另一部著名的资产阶级民法典就是这部诞生的时间距离《法国民法典》晚了近一个世纪的《德国民法典》。这是一部在体例和编纂思想上与《法国民法典》有着截然不同风格和特点的民法典。

19世纪的欧洲是一个动荡、黑暗的年代。法国经过屡次政权的更

迭，拿破仑时代的威风已一去不返。特别是普法战争和巴黎公社的诞生，大大损害和动摇了法国在欧洲的声望和地位。而这时，另一个在当时的欧洲尚处于分裂割据状态的德意志，却随着铁血宰相俾斯麦完成了对德意志的统一而悄然崛起。

德意志人是日耳曼人的自称。德意志位于欧洲中部。公元9世纪，法兰克王国瓦解，由施瓦本、巴伐利亚、萨克森等日耳曼部落族组成的东法兰克王国形成德意志国家的雏形。公元919年，萨克森公爵亨利一世当选为国王，创建了萨克森王朝，开始了德意志封建王朝的统治，这同时也被认为是德国历史的开端。

19世纪中叶德国资本主义有了进一步发展，人民迫切要求消除已经持续了几百年的封建分裂局面，实现民族的统一。在欧洲各国资产阶级民主革命的感召下，1848年3月，德国爆发了资产阶级民主革命。这次革命，打击了封建贵族，破坏了农奴制，形成了有利于资本主义发展的局面。但由于革命的失败，德意志各邦的封建专制制度并未摧毁，国家的统一并未完成。

但是，在经过了19世纪30、40年代工业化浪潮的洗礼，使得资本主义经济制度在德国获得确立，为近代德国的形成提供了经济基础。从1850年到1870年的这20年间，德意志在经济上迅速成为欧洲最发达的工业国之一。特别是经过1850年普鲁士进行的自上而下的农业改革，使得整个德国的农业经济由封建经济逐渐地向为资本主义的农业经济转变。在这种情况下，国家的统一就显得更为迫切。

1861年，普鲁士亲王威廉一世即位，第二年，任命俾斯麦为普鲁士宰相。俾斯麦公开宣称将以“铁与血”来解决德国统一问题。1864年，普鲁士战胜了丹麦，1868年普鲁士战胜了奥地利。1867年，建立了以普鲁士为首的北德意志联邦，这就为4年以后建立统一的德意志帝国奠定了基础。1870年开始的普法战争，以法国战败而告结束。德意志南部的各邦也于1870年底加入北德意志联邦，扫除了德国统一的最后障碍。

1871年1月，普鲁士国王宣告德意志帝国成立，他自己就任帝国皇

帝。同年4月，帝国颁布了《德意志帝国宪法》。至此，德国基本完成了国家的统一。

自十世纪初德意志建国到十九世纪末，在这近9个世纪中，德国的法律发展史经历了两个时期。

第一个时期，是神圣罗马帝国时期，这个时期的法律渊源主要有以下4个方面：

第一是习惯法。这种习惯法直接渊源于法兰克王国由日耳曼演变而来的法律习惯。到13世纪时，出现了习惯法汇编，较有代表性的是《萨克森法典》和《士瓦本法典》。前者由萨克森的骑士兼法官艾克·冯·李普高编著。它的内容主要包括萨克森东部地区的习惯法和其他各州吸收了若干教会法内容以后的部分习惯法，编写它的目的在于试图以当时的习惯法来抗拒罗马法。它的正文主要包括郡法院中执行的普通地方法和调整封建主之间关系的采邑法。法典除了被适用于德国北部之外，还曾适用于德国东北部、荷兰及波兰地区。后者由一名不知姓氏的教士所编辑，以德国南部的地方习惯法、查理大帝的敕令、罗马法和教会法的某些规范为主要内容。因为它特别注重士瓦本地区的习惯法，而被后世称为《士瓦本法典》，该法典还在东欧和慕尼黑等城市所适用。

第二是帝国时期的立法。这些由帝国议会颁布的法律和法令涉及各个法律领域，其中最著名的是1365年颁布的《黄金诏书》和1532年颁布的《加洛林纳法典》。前者因其盖有用纯金制作的皇帝印章的印鉴而得名。主要内容是确认了从13世纪以来皇帝由七大“选嫡侯”选举产生的制度，并确认了选滴侯的各种特权。后者是一部刑事法典，规定了纠问主义的诉讼原则和犯罪及其处罚的内容，它所规定的剖腹、分尸、点天灯等酷刑，对德意志刑事法律具有较大的影响。

第三是罗马法。在历史上，罗马帝国从未统治过德意志地区，因此，罗马法在帝国初期，对帝国也没有什么影响和地位。但是，随着罗马法在意大利开始复兴，德国也逐渐接受了罗马法，并产生了特殊的影响。

神圣罗马帝国素以罗马帝国的正宗继承人自居，在与教皇和贵族的争权斗争中，德皇也需要用罗马法主张君权至上的思想来支持他拥有最高统治权，最主要的还是14世纪以后德意志地区商品经济，尤其是城市经济的发展，使得原有的以农业自然经济为基础的封建习惯法已经无法满足社会的需求，而罗马法对商品关系的周密系统的规范，以及它的内在的严格的逻辑性，足以对当时的社会进行有效的调整，所以，罗马法在当时逐渐被认为是一种普遍的真理。

在德国宣布继受罗马法之后，有两个措施对罗马法在德国的传播产生过重大影响：一是于1495年设立的帝国法院，确认罗马法是法院在审理案件时适用的主要法律，法院的法官也多是罗马法专家。二是德皇宣布，凡取得罗马法博士头衔的人，均可按贵族来对待。这无疑加强了罗马法学家的社会地位，也激励了人们对罗马法的学习。当时在布拉格大学、海德堡大学和维也纳大学都把罗马法作为一门主要的课程。法学家们所研究的对象主要是优士丁尼的《国法大全》中的《学说汇纂》，这最终导致在19世纪时，德国产生了世界上著名的“潘德克顿法学”，这个法学流派的产生和发展，直接影响到了19世纪末《德国民法典》的诞生。

第四是地方法。这是12世纪以后在神圣罗马帝国境内各封建领地所实施的带有局部意义的邦法，它们是在日耳曼习惯法的基础上形成的，它们的表现形式是地方习惯法和地方法院的判例，在帝国后期，这些邦法也走向了法典化。其中最具有代表意义的是1794年实施的《普鲁士邦法》。

正是这部邦法一直沿用到1900年《德国民法典》颁布实施时才被宣布废止。

第二个时期，是德意志帝国建立前后和德国法的形成时期。也就是19世纪初到19世纪末的这100年期间。

1806年，在拿破仑法国的军事压力下，神圣罗马帝国皇帝被迫退位，宣告了帝国的灭亡。但是，各邦国依然存在，其中的普鲁士王国开

始崛起，它颁布了一系列有关解放农奴、城市改革和调整地主与农民关系的法令，使普鲁士走上了资本主义的发展道路，它与奥地利一起成为德意志最有实力的邦国。1815年，以普鲁士和奥地利为首，成立了“德意志邦国联盟”，向德国的统一迈进了一步。1834年，成立了以普鲁士为首的“德意志关税同盟”，促进了统一市场的形成。

在原有的帝国法令失去效力以后，出现了一些近代意义上的宪法和法律。如1848年的法兰克福宪法，1850年的普鲁士宪法，1811年奥地利的民法典，各邦适用的《普通德意志票据法》、《普通德意志商法典》。这些法典的制定，使得德意志各邦的法律逐步走向统一。

在这一时期，在德国国内展开了一场旷日持久，影响深远的论战。这场论战的核心是关于是否要制定法国民法典式的统一的法典。

对于18世纪末19世纪初的欧洲来讲，最大的政治事件，莫过于法国大革命以及随后发生的拿破仑对于欧洲的征服以及英国、普鲁士和奥地利为主要成员的反拿破仑的战争。在短短的20多年的时间里，整个欧洲成为了一个巨大的政治舞台，戏剧性的事件接连不断地发生。而德国在此时还只是一个观念上的存在物。在政治上德国尚处于四分五裂的状况，各邦之间在政治上只有松散的联系。但是，在经历了18世纪狂飙突进的文化运动之后，特别是在反法战争之中，德国人民以保家卫国、捍卫自由相号召，在驱逐了拿破仑获得独立之后，德国的民族意识空前高涨，仇视法国，热爱德国成为德国人的共识。这样的意识感染了政界和学术界。政治家们在考虑德国的统一问题，而这种政治上的统一，首先需要有在法律上的统一为基础。于是，通过法典编纂，实现私法统一的任务，很自然地便纳入了议事日程。

最早提出在德国编纂一部统一法典的是希罗塞尔，他在1777年出版了题为《关于制定一部完善的德国民法典的建议和计划》的著作。在1789年他再次涉及这一问题，写了《论一般立法，特别关于普鲁士法典草案》一文。在这些著作中，他论证了进行统一的法典编纂的必要性。而真正地涉及到关于在德国是否应该制定一部统一的民法典的学术辩

论，则开始于瑞赫贝格。他在1814年撰写了《拿破仑法典及其引进到德国的问题》一书。他认为德国与法国不同，不存在一场需要通过法典编纂来纠正革命。因此，在这样的情况下，德国制定法典无异于在市民生活关系领域人为地发动一场革命。

之后，围绕是否应该制定一部统一的民法典问题，在当时的德国法学界展开一场旷日持久，并且对后世产生了巨大影响的论战。这一论战牵涉到了当时德国一些著名的法学家、哲学家和政治学家，其中比较有名的如德国海德堡大学教授蒂堡、柏林大学校长萨维尼、伟大的哲学家黑格尔、马克思等。

这一辩论虽然迟延了统一法典的制定，但却促成了德国法学研究的蓬勃发展，形成了德国的“潘德克顿法学”。它以罗马法中的《学说汇纂》为主要对象，结合当时的德国实践，对民法制度和理论进行了全面梳理和阐释，号称“现代罗马法”，使德国民法学站在了世界法学的前列，也为统一法制提供了理论基础。

在第一阶段的辩论落下帷幕的半个世纪以后，随着德国在铁血宰相俾斯麦的率领下政治统一大业的逐渐完成，法律统一的任务也被正式提上议事日程。但是，在涉及到编纂中的实际技术性问题时，还是发生了激烈的辩论。这场辩论实际上是半个世纪前那场辩论的继续和延伸。

德国民法典的编纂工作开始于1874年，这一年的2月28日，成立了一个“准备委员会”，决定制定民法典的计划。这一年的6月22日，帝国参议院设立了一个由11名委员组成的委员会，从事起草工作。这个委员会工作了13年，于1887年末完成草案，1888年1月31日将此草案连同5卷理由书一并公布，供公众讨论。但是，这一方案却遭遇到了一场反对风暴。在反对人物中最具有代表性的是基尔克。他在《民法典草案和德国法》一文中认为法律应该反映人民的真实的生活关系中的规则，而该草案完全忽视了那些起源于德国历史中，并且继续存在于人民的生活之中的传统法律制度。同时该草案打破了存在于德国家庭和社会成员之间的伦理联系和相互信赖关系，而代之以非人格化的极端个人主义的原则。

不仅德国的法学界对于第一稿进行了批评，外国学者也对这一草案进行了评论。维也纳的社会主义学者门格尔在《民法与贫困者阶层》一书中，明确提出了合同自由可能会被经济上的强者滥用而成为剥削经济上弱者的工具。

但是，这些反映了新的时代的中肯的意见并没有对德国民法典的编纂产生什么影响。

帝国司法部在将各种意见汇集后，参议院于1890年又任命了一个新的委员会对第一草案进行讨论。1895年完成了第二草案，将它提交参议院。参议院略作修改后，1896年1月17日帝国首相将此草案连同司法部的意见书提交帝国议会，这就是第三草案。议会在指定一个委员会对这第三稿进行了53次审议后，于1896年7月1日通过了草案，7月14日参议院同意，8月18日皇帝批准，8月24日公布，定于1900年1月1日施行。与民法典同时公布施行的还有民法典的附属法律——《民法典施行法》、《关于强制拍卖与强制管理的法律》、《不动产登记法》和《非讼事件程序法》以及与民法典有关的几个相关的法律——《法院组织法》、《民事诉讼法》、《破产法》、《商法典》。

至此，德国民法典的编纂工作全部结束。

德国民法典共有5编，2385条。第一编总则，规定了民法的基本制度、原则和概念。主要包括：民事法律关系的主体，分为自然人和法人；物的概念和种类；法律行为；代理；期间和时效等。

第二编债的法律关系，规定了债法的基本概念和制度。包括：债的关系的成立，产生债的关系的原因，债的变更转让，债的消灭和保证等。其中对合同之债作了特别详细的规定，列举了各种具体的合同，并规定了合同当事人的权利和义务。

第三编物权法，规定了物权的基本制度和内容范围。包括：物权的取得和丧失、物权的限制、物权的种类等。具体规定了占有、所有权、地役权、用益权、抵押权和质权等。

第四编亲属法，主要规定了婚姻和离婚、婚姻的效力、夫妻财产制度、家庭关系、监护制度等。

第五编继承法，属于规定了继承人顺序、继承人的权利和义务、继承权的放弃和丧失、遗嘱的设立和撤消、遗嘱的效力和执行、特留份制度等。

民法典的这些内容反映了近代民法的一些基本原则和倾向。

应该说，《德国民法典》仍是一部传统的民法典，它继承了1804年《法国民法典》制定以来的民法的基本精神和原则，即自由和平等原则。平等是民法上的人人平等，权利平等。自由是行使权利自由，契约自由，遗嘱自由。这正是近代法学理论，以至政治理论的最高原则。

《德国民法典》的制定和颁布，是世界民法发展史上的一件大事。它既是德国民法长期发展的结果，也是德国民法学发展的成果，对德国法的统一做出了重要贡献。同时又奠定了德国民法进一步发展的基础，至今这部颁布于19世纪末的《德国民法典》，虽然已被多次修改，但是它的基本精神和原则仍然存在。

从世界法律发展的角度讲，《德国民法典》是继《法国民法典》之后的又一个民法里程碑。它既预示着近代民法向现代民法的转变，也预示着现代民法的理念已经发出了萌芽。

从世界民法构成格局来讲，《德国民法典》表示着一种全新风格的民法流派的形成。它以严谨、抽象、逻辑性而著称，并且影响了一批国家民法的发展，为法律世界增添了一道亮色。大陆法系从此法、德并立，各有所长。

那么，如果将它与《法国民法典》相比，它们之间有哪些不同的特点呢？概括起来它们至少由以下六点不同：

第一，《法国民法典》将“人法”置于“物法”之前，而《德国民法典》正相反。

第二，《法国民法典》没有设立总则编，而《德国民法典》则开创了将总则编作为统率全法典的新的立法模式。

第三，《法国民法典》包含了很多属于商法的内容，而《德国民法典》则严格遵守民商分立原则，几乎没有涉及到商法的内容。

第四，《德国民法典》更加注重法典的内在逻辑和整体的完整性，而《法国民法典》在体系上则显得松散，内容庞杂。

第五，《法国民法典》在语言体系结构上更像是一部“出色的法国文学著作”，而《德国民法典》则注重用法律用语的细密精确。

第六，德国民法典百年以来得到迅速的发展，特别是进入21世纪以来，在债法领域获得了本质上的发展与变化；与之相比，法国民法典则没有表现出如此巨大的嬗变。

从世界范围看，到19世纪末20世纪初，随着法、德等国民法典的相继出台，作为国家法律制度中不可或缺的民法制度已经发展到了一个非常成熟的时期。这时，有关民法的一些基本理论问题也基本上被确认或明确下来。

在德国民法典制定的过程中，德意志伟大的民法学家耶林在距今130年前，也就是德国统一后不久的1872年，在维也纳法律协会的演讲，在德国乃至世界民法史上写下了光辉的一页。他这次演讲的内容，在进行了补充加工后，以《为权利而斗争》为题予以了公开发表。该书到1921年，在德国被重印达20版，在17个国家被翻译出版，至今被公认为经典法律名著。这是一篇法理精深，逻辑严密，发人深思的战斗檄文。

文章共分为六个部分：法的起源、斗争是法的生命、为权利而斗争是对自己的义务、主张权利是对社会的义务、为国民生活权利而斗争的重要性、现代罗马法与为权利而斗争。它在开头就明确指出，法的目标是和平，而实现和平的手段是斗争。他认为，法的生命是斗争，即国民的、国家权力的、阶级的、个人的斗争。因为，无论个人的权利，还是

民族的权利，大凡一切权利都面临着被侵害、被抑制的危险——因为权利人主张的利益往往与否定其利益主张的利益相对抗，因而，这一斗争在法的全部领域周而复始，永不停息。因此，他进一步指出，为权利而斗争是权利人对其自身的义务；同时，主张权利又是对社会的义务。在社会利益之上，每个人都是为权利而斗争的天生的斗士。他最后总结性地说：斗争是法永远的天职。他高声疾呼：必须用你的汗水来换取你的面包，你必须到斗争中去得到你的权利！

这篇文章喊出了权利与法的内在关系。也说明了一个真理：人只有不停地开拓自己生活与自由的空间，才配有生活与自由的享受！

时间已经过去了一百多年，但是，耶林在这部著作中所阐述的有关法与斗争的关系，仍是我们当今在立法和法的实践过程中应该认真思考的问题。

切不可以纸上的法律的完善作为追求的目标！

这也是20世纪以来各法制国家所追求的目标。

第三编
汹涌的大潮

刚刚过去不久的20世纪，是人类历史上一个最值得纪念和回顾的世纪。在这100年的时间里，发生了太多太多人类历史上前所未见、惊心动魄的历史事件和危机。

从1900年中国的庚子之变，到1905年的日俄海战；从1914年开始的第一次世界大战，到1917年的俄国的十月社会主义革命；从1929年爆发全球性的经济危机，到1939年第二次世界大战爆发；从1941年太平洋战争爆发，到1945年反法西斯战争的胜利；从1950年朝鲜战争爆发到1966年中国的文化大革命；从六七十年代社会主义国家的改革，到1990年开始的东欧剧变和苏联解体；从1991年的海湾战争，到世纪末的反恐斗争；从冷战时代到世界多极发展的今天。世界在经历了无数的创伤和磨难之后，怀着颇为无奈和惴惴不安的心情，迈进了这个新的世纪。当我

们要展望未来的时候，应当对我们所走过的20世纪作一个回顾。

从历史学的角度，我们将20世纪称为现代史。在这20世纪的100年里，法制的发展也同样经历了一个曲折而辉煌的发展历程。

我们可以将20世纪世界法制的发展划分为5个时期。

第一个时期，也就是前30年，这一时期的特点是：资本主义旧的法律体系得到逐步的建立和完善，社会主义新型的法律体系才具雏形。

第二个时期，从30年代到1945年的第二次世界大战结束，这一时期的特点是：法西斯法制建立起来，破坏和阻滞了世界民主与进步法制的发展。

第三个时期，从第二次世界大战结束，到60年代末，这一时期的特点是：资本主义法制得到进一步调整，特别是民商立法和经济社会立法的发展，对世界法制的发展产生了巨大的影响。

第四时期，从70年代到80年代，这一时期的特点是：随着经济的发展，与经济发展密切相关的法律得到迅速发展，一些有关环境保护、劳工保护的法律体系逐步建立起来。

第五时期，90年代以来，这一时期法制发展的特点是：法律的全球化趋势进一步加强，法律的融合、统一趋势愈加强劲。

与世界法制发展历程密切相连，世界民法的发展同样经历了曲折的发展路程。

在民法界有近代民法与现代民法之分。

近代民法的概念、原则、制度和理论是建立在两个基本理论基石上的。

一是平等性。

在市场经济不发达的条件下，民事关系的主体主要是农民、手工业者、小业主、小作坊主。由于受生产力发展水平的限制，从事生产和参

加交换的主体，主要是以家庭为单位的农民、手工业者，再就是雇佣少数工匠的小业主和小作坊主。在市场交易和社会生活中，主要是农民、手工业者、小业主、小作坊主相互之间进行商品交换，建立民事法律关系。而所有这些主体，在经济实力上谈不到多大的区别。尤其在当时不发达的市场经济条件下，还没有发生生产与消费的分离和生产者与消费者的对立。因此，当时的一切民事主体都是平等的，这就是平等性的基础和含义。

二是互换性。

所谓互换性，是指民事主体在市场交易中，在民事活动中频繁地互换位置。同一个民事主体在这个交易中作为出卖人与相对人发生交换关系，而在另一个交易中则可能作为买受人与相对人建立交换关系。例如，当一个农民向手工业者购买急需的工具时，手工业者有可能利用对方的急需和自己的有利地位，使所订立的契约对自己更有利。但在下一个交易关系中，手工业者作为买受人向农民购买粮食或原料时，这时候，农民作为出卖人也完全可以利用自己暂时获得的优势或手工业者的急需，使契约的条件对自己有利。在这样的交易关系中，参加交易的主体之间存在的并不显著的在经济实力的差别或优势，因为主体不断地互换岂地位而被抵消。在平等性上的不足，因互换性的存在而得到补偿。

在这种情况下，国家就可以采取放任的态度，让民事主体根据自己的自由意思，通过相互平等的协商，来决定他们之间的权利义务关系，他们所订立的契约被视为具有相当于法律的效力。于是，契约便不仅作为他们行使权利履行义务的基准，而且作为了法院裁判的基准。这就是民法理论上所谓的私法自治和契约自由原则。也就是民事法律行为制度。

这一制度的基本内容是：当一个人在民事活动中，在追求自己的利益的同时，造成了他人损害时，由造成这一损害的损害人承担民事责任，并且只在他对于损害的发生有故意过失时才承担责任，否则，如果原告拿不出能够证明被告对这次损害具有过失的证据的，原告所遭受的

损害就得不到赔偿或者找不到可以承担这次损害的责任者。这就是所谓的自己责任原则或者叫做过失责任原则。

这种在加害人不具有故意过失的情形，就依法不承担责任的法律制度，实际上是由受害人自己承担了损害，这对于受害人来说似乎有失公正。但因为民事主体存在互换性，这一个事故的受害人，在另外的场合造成他人损害时，也适用同样的原则，如果他不具有故意过失也同样不承担责任。

除此而外，当企业发生事故，造成雇员损害时，雇员必须拿出证据来证明雇主具有过失，才能够获得赔偿。如果不能证明雇主有过失，便不能获得赔偿。

这种将过失责任原则适用于企业事故，其结果显然是不公正的。这是因为，过失责任原则所体现的社会正义，仅仅是形成上的正义。

与19世纪市场的平稳发展相适应，近代民法特别强调法的安定性，这种安定性要求不同的时间、不同的地区、不同的法院、不同的法官裁判同一类型的案件，应适用同一法律规则，得出同样的判决结果。这种价值取向，显然也不能适应千变万化的社会生活的需要。

欧洲大陆法所确立的近代民法的基本模式，可以概括为以下四个方面的表现形式：

第一，抽象的人格。在当时的社会体制下，作为商品交换主体的劳动者、消费者、大企业、中小企业等具体类型，在民法典上，被抽象为“人”这一概念。“人”包括“自然人”和“法人”。自然人，是指有血有肉、有理智和感情的人类，它把人的具体情况，如男女老幼、富裕贫穷、文化程度、政治地位、经济实力的差别，以及雇佣人、受雇人、生产者、消费者等等，全都抽象掉了，只剩下了一个抽象的符号——“自然人”。规定自然人权利能力始于出生，终于死亡，权利能力完全平等。同时也将社会生活中的千差万别的各种组织体，例如生产企业、商业企业、金融企业、大企业、小企业，以及非从事生产经营的组织体，

如各种学会、协会、学校、慈善机构等等，统统抽象为一个法律资格——“法人”。法人的权利能力与自然人相同，只是在法人格的取得问题上，因公益法人、营利法人而不同。

第二，财产权保护的绝对化。私的所有制，是近代社会的基础，法国民法典和德国民法典都以所有权为中心来规定物权制度，物权被视为为绝对权，具有可以对抗一切人绝对性，法律上给予绝对的保护。如果这块土地属于某人所有，则他不仅可以支配地表进行耕作或者建筑，而且向上直到高空、向下直达地心，都归他支配，任何人不得侵犯。这就是通常所说的所有权的绝对性。

第三，私法自治。在民事生活中，要获得权利、承担义务，进行一切民事行为，完全取决于当事人自己的意思，不受国家和他人的干预。这个私法自治原则，是近代民法的根本原则。它是维持市场自由竞争的法律原则。契约自由原则是该原则中最为重要的下位原则。根据这个私法自治原则，对于民事领域内的一切法律关系，都要由独立、自由、平等的个人通过协商来决定，国家不作干预，只是在当事人发生纠纷不能解决时，国家才以仲裁者的身份出面裁决，而这种裁决仍然是以当事人的约定为基准，不得对当事人的约定任意变更。

第四，自己责任。按照私法自治原则，自由平等的个人，可以根据自己的意思，通过民事法律行为去追求自己的最大利益。如果由此而发生损害，也由个人对自己的行为所造成的损害承担责任。而不对他人的行为负任何责任。并且，只对因自己具有故意过失的行为造成的损害负责，虽然造成损害，如果自己不具有故意过失，也不承担任何责任。

由此可见，近代民法是完全严格意义上的以个人为中心的思想原则的体现。它根本不考虑社会的因素和个人行为对于社会的影响，是彻头彻尾的极端个人主义思潮的反映。这种以个人主义为核心的法律原则，对于19世纪的自由资本主义的自由竞争是有益的和适合的。

如果说近代民法的物质基础是19世纪的社会经济生活，那么，现代民法的物质基础则是20世纪社会经济生活。

总的看来，19世纪是资本主义市场经济平稳发展的世纪。

政治上的相对稳定和经济的平稳发展，要求法律秩序的稳定，使市场参加者可以进行计划，预见自己行为在法律上后果。近代民法正是反映了这种客观要求。

而与此形成鲜明对照的是，在进入20世纪以后，世界陷入了一个极度动荡、变化、各种矛盾冲突空前激化和各种严重社会问题层出不穷的极不稳定的世纪。

20世纪的这种极度动荡、变化、各种矛盾冲突空前激化的特点首先体现在30年代席卷全球的那场空前的经济危机中。那次席卷世界的危机使得成千上万的人陷于失业、饥饿、贫困，使主要国家的生产力倒退了几十年。

如果说，在19世纪以前的世界历史主要是以欧洲的历史为中心的话，那么，20世纪的历史则应该是美国的历史。

美国建国以后，经过几十年的发展，特别是在经历过南北战争之后，美国的经济得到了飞速发展，到19世纪末20世纪初，它的经济力量已经跃居世界第一。

这是美国人亨利·福特于1893年制造出的第一辆汽车。1903年，他建立起了自己的工厂，从此大量生产福特汽车，汽车也日益成为大众的交通工具。

人们对这架貌似一个大风筝的飞行器，也许并不陌生。它就是由美国莱特兄弟于1902年试飞成功的，人类历史上的第一架飞机。这架当时在低空只飞行了短短几十分钟的飞行器，改变了人类的生活方式，缩短了世界各地人们之间的距离，也相应地延长了人们的生命。

这些重要的发明、创造，不仅改变了人们的生活方式，也使得世界的经济重心由此发生了巨大的转移。

这个看似普通的人，就是20世纪初，与洛克菲勒、摩根齐名的美国

钢铁巨头安得鲁·卡耐基。

19世纪末20世纪初，由于第二次科技革命的推动，资本主义迅速发展并向世界扩展，资本主义世界经济体系最终得以形成。

而在资本主义国家内部，以重工业为主流的新兴工业部门的兴起，要求企业规模扩大，资本力量雄厚，从而使生产和资本不断出现集中的趋势。19世纪末，资本主义国家的生产和集中达到了一定的高度，最终导致了垄断组织的产生。

垄断组织，一般是指资本主义企业之间为了独占生产和市场，攫取高额利润而组成的垄断经济同盟组织。它的形式主要有辛迪加、托拉斯、卡特尔和康采恩等。

与各国垄断组织的发展程度相比，美国垄断组织的发展程度要高一些，大多采取托拉斯的形式。1900年到1907年，在短短的7年间，美国大托拉斯从185家增加到250家，托拉斯遍及美国主要的经济部门，垄断组织已成为整个资本主义经济生活的支柱。

美国最大的新泽西美孚石油公司，1904年垄断了美国国内石油市场的85%，石油出口贸易的90%；摩根的美国钢铁公司，1901年垄断了全国半数以上的原钢和钢铁预制品的生产。

在工业资本集中的同时是银行资本的迅速集中。美国的银行业资本主要集中在花旗银行和国民银行两大银行手中。这类银行在获得垄断地位后，通过控制全国大部分存款、办理信贷抵押业务、独占公债和股票、发行有价证券等途径和手段，向工业资本渗透，形成金融资本，并在此基础上产生了金融寡头，控制着国家政治和国民经济的命脉。

这是1908年左右的华尔街，当时，这里已成为世界证券公司和银行集中的纽约金融中心。

从1923年到1929年世界经济危机爆发之前的几年，是美国历史上有名的所谓“柯立芝繁荣”时期。在这一时期，美国的工业生产增长近一倍。1914年到1929年，全国财富增长近一倍。1900年人均收入为380美

元，1919年为620美元，到1929年增至681美元。

这一时期美国经济发展的主要原因之一是技术革命刺激了新工业的崛起和发展，进而刺激了整个经济繁荣。最重要的技术突破就是装配线的使用和广泛使用通用部件。

汽车工业是直接受惠于这场技术革命的最突出的产业。20年代被认为是汽车年代，亨利·福特于1913年采用了生产装配线，使装配一辆福特牌汽车的时间减少了90%。1911年美国出售了约20万辆汽车，1929年已为450万辆，为1911年的23倍，售出收入超过35亿美元，几乎是全美制造业总产值的1/8。

汽车工业的发展带动和刺激了诸如钢铁、其他金属、玻璃、石油、橡胶、广告和公路运输业的发展，也带动了电力工业和收音机工业的发展。特别是空中交通业，航空业的发展，极大地推动了美国整体工业水平的提高。

与美国相比，欧洲的一些传统工业国家的发展则显得迟缓而不稳定，甚至出现了衰落的迹象。

而此时，德国和意大利等国家的经济复兴，和日本的兴起则给世界安全造成了不安定的因素。

然而，到20年代中后期，这种情况发生了逆转。

1929年10月底美国华尔街发生了大恐慌。

1929年10月24日，美国纽约股票交易所股票价格暴跌，一天之内有1300万股票转手，从而宣告了世界经济危机的到来，然后很快蔓延到整个资本主义世界。

这次持续了4年之久的经济大危机，使得资本主义国家的工业生产锐减了1/3以上，整个资本主义国家的生产倒退到1908至1909年的水平，美国则倒退到1905至1906年的水平。

经济危机造成了工人大量失业，农民大批破产，城市居民的收入大

幅度降低。垄断资本家为了保持高额利润，维持垄断价格，大量毁灭工农业产品，极大地破坏了社会生产力。

经济危机也激化了帝国主义与殖民地半殖民地之间的固有矛盾，也更加激起了个资本主义国家内部的阶级斗争的尖锐化，整个资本主义世界都处于社会动荡的境地。

正是在这种国际环境下，终于建立和产生了东西方两个战争策源地。

20世纪的这种极度动荡、变化的特性还表现在两次世界大战的爆发上。这两次世界大战使数千万人丧失生命，使许许多多城市变成废墟，造成物价飞涨、货币贬值、物质匮乏、住房恐慌，成为人类历史上前所未有的惨剧。

1945年日本战后东京街头。从这些废墟和残骸中，人们在寻找着什么？是过去？还是现在？还是未来？

从人们那一双双茫然的眼睛里，我们也许能够得到某些启示和答案。

再有，就是二战以后地球上两大阵营的对垒，以及世纪末发生的那场惊心动魄的剧变。这些事件又给这地球上的亿兆居民提供了哪些有价值的说教？

当然，20世纪又是一个科学技术突飞猛进地发展的世纪，各种科学技术成果的采用，极大地提高了社会生产力，创造了丰富的物质财富，使人们能够享受到空前的物质文明。

20世纪初静悄悄地发生、延续至两次世界大战之间的那场科技革命，以物理学相对论、量子学理论的确立为中心内容，涉及带动了化学、天文学、生物学、地学等学科理论的革命性突破。科学理论的革命推动了日后原子能技术、无线电技术、电子技术、航天技术和生物工程技术的飞速发展。科技革命又以其不可抗拒的渗透力量影响改变着人类的经济生活、社会生活乃至思想观念。决定我们今天内容的汽车、航

空、化工、电气、石油等新兴工业迅速崛起，纺织、采掘等传统工业相对衰落。人们的衣、食、住、行等生活方式也改观了，带有鲜明的现代生活的色彩。这些旋转的彩灯，喧嚣的都市，在带给人们物质和精神享受的同时，也把许多的烦恼和忧虑留给了人们。

这些汹涌澎湃的科学技术浪潮和它所带给人们的在生活方式上所发生的巨变，使得原本平静的社会上，出现了十分鲜明的两极分化、贫富悬殊、劳动者与企业的对立、生产者与消费者的对立，以及企业事故、交通事故、环境污染、缺陷产品致损、吸毒等各种严重社会问题。此外，在20世纪发生的屡次规模浩大的民主运动、民权运动、女权运动、消费者运动、环境保护运动，等等，这一切都大大地改变了社会的生存环境和人类的思维方式。

在这样的大的环境下，法院面临许许多多新的问题和新型案件，对于这些案件或者缺乏法律规定，或者像过去那样机械地适用法律无法解决问题，迫使法官、学者和立法者改变法学思想，探求解决问题的途径，最终促成了民法制度和民法思想的变迁，由近代民法发展演变为现代民法。

从法律分类来说，中世纪民法与近代民法，是两个不同历史时期的法律类型。但近代民法与现代民法之间则不存在这种本质的区别。

与近代民法的基本模式的表现形式形成鲜明的对照，现代民法的基本模式可以概括为以下四种表现形式：

第一，具体的人格。由于20世纪社会经济生活所发生的根本变化，在企业主与劳动者、生产者与消费者的法律关系中，造成了经济地位上的强者，对经济上弱者在实质上的支配，这就动摇了以平等性为原则的近代民法的基础。为了使民法能够适应新的社会经济发展的需要，现代民法在维持民法典关于抽象的人格的规定的同时，又从抽象的法人格中，分化出若干具体的法人格。突出的例子，就是劳动法中所形成的劳动者的具体人格，使雇佣契约的主体成为服从团体法理的劳动法的主体。

同时，为了阻止大企业垄断的弊端，经济法、反垄断法，成为独立的法律部门。

此外，消费者及公害的受害者，也作为一定的法人格类型。特别是生产者与消费者的法律关系，环境污染事件中受害群体与致害者之间的法律关系，以及对妇女儿童、老年人、残疾人等特殊人群的保护，等等，无不体现在现代民法的理论和实践中。

第二，财产所有权的限制。保护财产所有权不仅是近代法的基本任务，也是现代法的基本任务。只是现代法对财产所有权的保护不像近代法那样绝对化。按照现代民法思想，认为财产所有权应受一定的限制，认为财产所有权具有社会性。因此，各国对土地所有权和使用权设有登记、注册等公法的规制措施，对一些重要的生活物质实行统制，在民法上则要求权利的行使应遵循诚实信用原则，禁止权利滥用。

第三，对私法自治或契约自由的限制。现代民法与近代民法相比一个最大的变化莫过于私法自治原则，特别是契约自由原则。私法自治或契约自由，它的实质是自由竞争，它是市场经济的本质特征。近代民法对契约自由不加限制，其结果在促进近代社会经济发展的同时，也造成许多严重的社会问题。于是，在现代法上便出现了“私法的公法化”，在民法上则通过诚实信用原则、公序良俗原则对私法自治或契约自由进行限制。例如，在合同法中，在涉及经营者与消费者或劳动者的关系时，则着重考虑对消费者和劳动者的特殊保护。

第四，社会责任。现代社会是高度的风险社会，企业事故、交通事故、缺陷产品致损、环境污染公害等，很难使当事者个人凭借个人的力量便能够得到保护或追索自己应当获得的利益。因此，许多国家的民法导入了无过失责任，也就是严格责任原则，以及损害补偿制度。

进入20世纪后，面对社会经济形势的巨大变化，世界各国都相继进入了民法的制定和修改的历史进程。综观世界范围内各国的具体情况，我们可以将这个过程划分为三种类型：

第一，原来已经有了民法典的欧洲各国，在保持原有民法典的基本精神、原则和内容的基础上，对于民法典进行必要的修改和补充。这一点可以从法国20世纪对于民法典的修改和单行民事法规的制定情况得到证实。

第二，原来没有民法典，为了适应社会发展需要而制定了民法典。这可以从我国南京国民政府20世纪20年代末30年代初的民法典的制定过程去反映。

第三，由于政治因素，在社会发生变革以后，在对原有民法典的基本原则和主要内容作了大幅度的修改、删弃以后，再重新制定新的民法典。这里最显著的代表就是俄罗斯联邦的民法典。

在当今世界上，已有113个国家制定了自己的民法典，占全世界国家总数的50%多。其中欧洲32国，南北美洲24国，非洲34国，亚洲23国。此外，还有若干国家正在制定民法典。1989年的欧洲议会已经提出制定一部欧洲民法典的要求。依照欧洲议会的两个决议的要求，1996年的欧洲合同法原则，将来也要纳入这个欧洲民法典。即使实行判例法制度的美国和加拿大，也有若干个州制定了自己的民法典，如加里福尼亚民法典和魁北克民法典。可见，制定民法典是现代法治国家的一个共同经验。

从总体上说，可以把这些民法典的编纂体例划分为法国民法典和德国民法典两种编纂体例，也就是人们所说的人文主义和物文主义的两种编纂思路。

但无论对这些民法典如何进行划分，作为一部完整的、现代意义上的民法典至少应该包括以下几方面的基本内容：

第一，民法的基本原则、适用范围、立法精神；

第二，民事主体的划分、界定，民事主体的权利能力和行为能力，民事主体的人身、人格权利的保护；

第三，财产法律制度，包括所有权制度、债权制度；

第四，婚姻、家庭、继承制度；

第五，侵权赔偿责任；

第六，附则部分。

有的国家民法典还包括国际私法和知识产权制度。

总之，一部完整的民法典，应该是一部调整平等主体之间的关系，具有内在的有机联系的规则体系，也可以说是将民法的各项规则有机地组合在民法典中的逻辑体系。

一个国家的民法的完善程度，反映了这个国家民主法制建设发展的水平。也反映了国民人文法律意识的高低。

现代民法虽然取得了令世人瞩目的成就，20世纪以来，出现了目的法学、自由法学、科学学派、利益学派等诸新兴的民法学派，但是，现在仍然面临许多亟待解决的难题。比如：人的物化现象、人与动植物的区别、计算机系统契约、大量拷贝与权利集中处理系统、信息产品的责任、大规模受害的救济，等等。

回顾过去，是为了展望未来。

让我们脚踏着先人们所走过的艰难的足迹，在新的世纪里，揭开民法建设的崭新的一页。

第四编
痛苦的抉择

浩瀚的太平洋，将地球划分为东西两个半球。

在东半球的亚欧大陆东部的黄土地上生活着这样一个古老而神奇的民族。

这是一片黄色的土地，是东方这个古老民族的发祥地。这里气候温和，雨量充沛，土质松软，具有发展原始农业的良好条件。这条蜿蜒在黄土高坡上的黄色河流，曾经养育了一代又一代居住在这里的人民。它

被看作是民族的伟大象征。

这里有淳朴、勤劳、善良的人民，有五千年的从未中断过的人类文明，当然也积淀着浓厚的带有民族特色的文化传统。但这是一个与西方的文明完全不同的另一个文明。

滔天的洪水，浩浩荡荡地包围了高山，漫上了丘陵，无数的人们站在高山之巅茫然无助地望着茫茫洪水，发出了悲哀的呼号。

人民的领袖尧过来了，他忧心忡忡地望着大水，望着在高山之上躲避洪水的人们，因为，经过9年的努力，洪水仍然泛滥不息。这时，他在另找治水人的同时，已经准备将帝位传给舜。

这个意气风发、踌躇满志的人就是舜。他现在代行天子政务，到四方巡视，看到奉命治水的鲧干得不成样子，他便把鲧流放到羽山。并举荐鲧的儿子禹继承他父亲的治水事业。

禹在舜的面前领到治水的命令，立即踏上了艰苦的治水的征途。

他一路上穿山越岭，树立木桩作为标志，测定高山大川，在外面生活了13年，几次从家门前路过都没敢进去。他操纵着测量四时定方向的仪器，从帝都冀州开始，开发了九州土地，疏导了九条河道，开通了九条山脉道路，修治了九个大湖，测量了九座大山。

经过禹的数十年的不懈的努力，终于战胜了水患，九州之内归于一统。

由于禹治水的成功，舜帝让禹作为帝位的继承人。在舜死后，禹接受天下诸侯的朝拜，定国号为夏后。

10年后，禹逝世，把天下传给了益，但益又把帝位让给了禹的儿子启，这就是夏后帝启。

启是中国历史上通过继承父辈的王位而取得天下的第一代国王，夏朝也就成为中国历史上第一个家天下的王朝。

启按地域将统治区域划分为九州，建立了贡赋制度，完备了国家机

器。从而使得中国社会从此进入了阶级社会。伴随着阶级和国家的产生，中国古代的法制文明的雏形也相应出现。

夏王朝的建立，标志着中国国家和法的最终形成。从此，开始了中国古代特有的政治和法律制度的不断积累、不断完善的历程。

如果要讲中国法的起源问题，有两个问题是不可越过的，一个是礼，一个是刑。

可以认为，中国古代关于礼的内容，按其性质应属于民法的范畴，而刑则属于刑法的范畴。

如果将夏朝作为中国法制史的起端，那么，从现有的历史资料来看，中国古代的民事法律规范，最早出现在商朝的立法中。商朝的民事立法主要包括三方面的内容：

一是所有权方面。作为当时最主要的生产资料土地，为商王所有，采用国有的形式。商王把自己所有的土地连同土地上的其他财产，分赐给下属所有，商王征收赋税，从而通过土地依附关系，实现对整个国家的控制。同时，由于当时氏族组织还没有完全解体，农村公社仍是奴隶制国家统治的地方组织。土地由公社分配给各个家庭耕种，财产以家庭为单位占有。家长享有家庭财产的所有权，家族财产完全由家长占有和控制，这是中国古代所有权制度的共同特点。

二是继承方面的嫡长子继承制。商朝由上而下的家长式统治，决定了实行嫡长子继承的继承制度。包括爵位继承和财产继承。

三是婚姻方面的一夫一妻制。在商朝占统治地位的婚姻形态是一夫一妻制。但这仅对于普通百姓来说，而王公贵族们从来都是一夫多妻。

以上这三方面的内容，均被历代王朝所继承和发展，它们既是中国最早的民事法律规范的基本内容，也奠定了中国古代民事法律规范的基本原则和精神。

中华法系的基本特点是诸法合体、以刑法为主。但是，中国古代法

制虽然是以刑法为主，但是这并不能断言，中国古代法制中就没有民事法律规范，相反，中国历代王朝的民事法律规范不仅内容丰富而且涉及面颇广，并且已经形成了自己独有的特色，那种认为中国古代没有民事法律规范的说法是不符合历史事实的。以唐律为例，唐律中民事法律规范十分庞杂，无论在所有权、契约关系，还是在家庭与婚姻、继承等方面都有着明确且系统的规范。如关于遗失物和埋葬物的归属，唐律令规定：拾得遗失物应立即交当地官府，公示30日后无人认领，收归官府保存；一年后仍无人认领，归官府所有。对于漂流物，则规定捞取人在公示后如有主人认领，可得五分之一至五分之二的奖赏；如公示30日后无人认领，归捞取者所有。在他人土地内发现埋藏物，发现人与土地所有人各得一半。在国有土地内发现埋藏物，可归发现人所有。此外，唐律令还对于契约关系中的买卖契约、借贷契约、租赁契约、雇佣契约、寄托契约等作出了明确规定。

那么，造成中国古代这种以刑为本、诸法合体而民刑不分的主要原因是什么呢？

一是中国古代自给自足自然经济长期占据统治地位，造成民事法律关系不发达而缺乏民刑分立的经济基础；

二是封建专制主义的统治依靠刑法的维系作用，为以刑为本的法律体系提供了社会条件而没有民刑分立的政治基础；

三是传统宗法习惯对民事法律关系的实际调整，排挤了民法的作用而未具民刑分立的社会基础；

四是在封建专制政治制度的禁锢下，无法产生研究认识法律结构的法理学而不备民刑分立的理论基础。

从战国时李悝的《法经》，到清朝的《大清律》，中国法制经历了两千多年没有间断并且少受外来影响的相对独立的发展历程，但是，到了19世纪上半叶，随着鸦片战争的爆发，中国这种闭关自守的政治法律体系，开始遭受到了巨大的挑战。

林则徐是中国已经家喻户晓的人物，被认为是中国近代史上放眼看世界的第一人。他的虎门硝烟的壮举，不仅揭开了中国近代史的序幕，也揭开了中国近代反对帝国主义侵略的篇章。

19世纪上半叶的英国，正处在工业革命的高峰期，随着蒸汽机等新工业技术被广泛地使用，大大促进了西方资本主义经济的发展，他们对产品销售市场和生产原料的需求，促成他们不惜铤而走险，把目光投向了在他们看来地广物博，市场潜力巨大，并且，尚处于昏睡状态，未被世界滚滚的工业革命的洪流惊醒的东方这块神奇的土地。

在经过数次试探性的行动以后，他们终于下定了用武力征服这片土地的决心。

圆明园——这片举世闻名的皇家园林的废墟，在向人们讲述着她那说不完道不尽的苦难的经历。曾几何时，这里曾是世间的乐园，人间的天堂，但是，在眨眼间，就成了这样一片只能给后人留下痛苦回忆的历史的遗迹。

在经历了第一、第二次鸦片战争、戊戌变法、中日甲午战争、反抗八国联军战争之后的这片古老的大地，已经失去了她昔日的辉煌和神秘，从此，这个东方大帝国开始了她长达一个世纪的艰难的旅程。

19世纪中叶爆发的太平天国革命，使得中国的社会矛盾日益尖锐，19世纪末期中日甲午战争的失败，充分暴露了清政府政治上的腐败，1900年的庚子之变，使得西方列强对中国的侵略进一步加深。中国从此完全陷入了半封建半殖民地的社会。这所发生的一切，不仅加重了中国人民的苦难，也给摇摇欲坠的清政府以沉重的打击。

特别是随着戊戌变法和甲午战争的失败，使得更多的觉醒了的中国人，开始思考中国的未来和清政府的归宿。而以孙中山先生为代表的资产阶级革命者们，则明确地提出了“驱逐鞑虏，恢复中华，建立民国，平均地权”的响亮的革命口号。

而八国联军的侵华战争，使得清朝的统治从根本上动摇了。在镇压

戊戌变法中曾经表现得异常坚定的清朝统治者，不得不在惶惑与恐慌中寻找出路。他们逐渐认识到，中国固然落后，但并不能也不可能独立于世界之外。于是，在这种内外交困的情势的逼迫下，无可奈何地接受了戊戌变法的主张，宣布革新政治，实行新政。

叶赫那拉氏——这个统治了中国长达半个世纪的女人，在西逃西安后，一改过去鼓吹的祖宗之法不可变的主张，提出“世有万古不变之常经，无一成罔变之治法”，得出了“法令不更，锢习不破，欲求振作，须议更张”的结论。由此，揭开了清末自上而下的预备立宪和变法修律的序幕。

可见，就是怎么一个现在看来不仅十分浅显，而且根本不可能以此改变中国落后挨打的现状的所谓的革新运动，也是在万般无奈的情形下被逼迫做出来的。因此，它根本无补于中国当时的实际。

但是无论如何，应该承认，从1905年开始的这次由上及下的立宪修律活动，从客观上促进了中国政治法律制度的近代化的历程。

而在这次立宪修律活动中所出台的法律和法律草案中，对中国近代法律制度的建立产生了最大影响的应该是这部仿照《德国民法典》的体例，共有36章，1569条的《大清民律草案》。这是一部在参照了西方民法原理的同时，又主要沿袭了中国封建旧律的内容的，中国历史上第一部民法典。虽然因辛亥革命的爆发而没有议决颁行，但却直接影响了北洋政府和南京国民政府的民法典的制定。

这是几位在中国近代法制史上留下了赫赫声名的中国近代史上的第一批法学家。

第一位便是时任修律大臣的沈家本。

沈家本，1840年生于浙江吴兴。进士出身。历任天津知府、保定知府、山西按察使、刑部左侍郎、大理寺卿、刑部右侍郎、修订法律大臣等职。他生活在中国封建社会沦为半殖民地半封建社会的激烈动荡的年代。1900年，曾于庚子之乱时被八国联军关押在保定，软禁9个月，但

他保持了国格、人格，怀有强烈的爱国主义精神及民族气节。

由于他长期供职于刑部，通晓历代典章和刑狱案例，并得以系统研究了中国古代法律发展的源流沿革。但是，他所处的时代又是中西法律文化开始碰撞交融的时代，以资产阶级人文思想为核心的资产阶级法律文化，以不可阻挡之势进入中国，而中国几千年封建法律传统文化，对其又有强烈的排斥性。对此，他认为："当此法治时代，若只征之而不考之古，只推崇西法而不探讨中法，则法学不全，又安能会而通之，以推行于世。"同时也主张："有志之士当讨究治道之原，旁考各国制度，观其会通，庶及采撷精华，将有补于当时。"

他积极组织力量，建立法律学堂并派人出国考察，翻译西方国家的法律，并聘请外国法律专家充当教授参与部分立法工作。这几位就是当时聘请的几位外国专家。

在他主持的修律活动中，始终贯彻西法与中法相结合的原则。他主持的修律，从内容到体系都仿效西法，坚持以人权为核心的法律观念，反对野蛮落后的酷刑。同时，他还主张修律是立宪的基础，立宪是修律的保障。积极主张立宪与修律相结合。这种中西贯通的法律思想直接影响着修律运动。

另一位修律大臣伍廷芳，曾任中国驻美国大使，对美国的法律非常熟悉。他与沈家本共同认识到，如要"国势日张"，就必须以开放的眼光看世界，吸取西方的文化精华。中国的传统旧律已不适合中国的时政，处在非变不可的状态，所以要突破"成法"，改律维新，力求中外通行，并以此作为修律的总方针，确定了"参考古今、博稽中外"和"汇通中西"的修律指导思想。

但是，这次修律在仿效西方的同时还保留了中国的法律传统，仍然以纲常礼教为根本。因此，这次修律活动的基本原则是：在兼采列邦良规的同时，不得违背中国的礼教。

在这一思想的指导下，这次修律的方法自然采取了自上而下的变

革。这次法制变革接受了西方的法律原则和制度，打破了中国古代传统法制模式，推动了中国资本主义的发展。

这次修律活动，虽然也取得了一些成就，但是终究未能挽救清王朝的灭亡。而在与中国仅一水之隔的日本，在中国的社会开始发生巨变的同时，也发生着翻天覆地的变化。

日本国地处太平洋的东部，国土由北往南由北海道、本州、四国、九州四大岛及其周围的3000多个小岛组成。日本二字在日语里的意思是“太阳出处”，日本国的含义是“日出之国”的意思。

在公元4世纪左右，在现在的大阪、奈良、京都一带，出现了日本第一个奴隶制国家大和国，到公元5世纪，相当于中国的南北朝时期，大和国基本上统一了日本列岛。大和国由兴到衰历时300多年，从中国的隋朝开始与中国来往，曾多次派遣隋使来中国。公元646年，当时的孝德天皇按照中国唐朝的政治制度进行了史称“大化改新”的历史性政治改革，逐步建立了以天皇为中心的封建国家制度，奈良时代是以天皇为中心的中央集权制国家的鼎盛时期。但此后的镰仓时代、室町时代、安士桃山时代、江户时代的676年间，天皇制度和天皇家庭虽然存在，但都是由历代将军执政，天皇制度名存实亡。这一段由历代将军执政的时代，在日本历史上被称作“幕府时代”。

这也是一个闭关、落后的封建国家。当时，将军是最大的封建主，掌握国家大权，天皇只是名义上的国家元首。为巩固和加强幕府的统治，德川幕府曾多次颁布“锁国令”，实行锁国政策，几乎完全隔绝了日本和外部世界的交往。

但是，从18世纪中期起，日本的社会发生了急剧的变化。

统治了300多年的幕府体制，从18世纪中期起，开始发生动摇，特别是在经历了1841—1843年的天保改革，使得原来的下级武士的地位得到提高，它们当中的许多人后来都成为了倒幕运动的领导者和明治政府的重要官员，直接推动了明治维新的开展。

在对外关系上，与中国的情况一样，19世纪中期，西方列强在用炮舰打开亚洲许多国家的大门以后，又把侵略的矛头指向了日本。

1853年美国海军准将柏利的舰队抵达日本海岸。

在美国的武力胁迫下，幕府接受了开港的要求。次年，幕府同美国签订了《日美亲善条约》，开放下田、函馆两港口，给美国最惠国待遇。接着又被迫与英、俄、荷缔结了同样的条约。

1858年，日本又进一步与美国缔结《日美友好通商条约》，规定外国侨民有治外法权，以及值百抽五的协定关税、最惠国待遇、增辟通商口岸等。俄、荷、英、法也相继与日本签订了同样的条约。

这些不平等条约使日本开始沦为西方资本主义的销售市场和原料产地，家庭手工业和工场手工业遭到破坏；同时造成了物价腾贵，金货外流的局面。

这时，面对幕府的腐朽统治和迫在眉睫的严重的民族危机，以及中国人民在鸦片战争后遭受悲惨命运的前车之鉴，使得日本一些有识之士开始思考日本的出路。

在这些有识之士里面，主要是那些来自于接触西方先进思想较早的西南诸藩的下级武士。

最初他们认为：要打击外国势力、开国进取，必须借“王政复古”之名，恢复天皇的最高权力，改革幕藩体制。但到1858年幕府在西方列强的压力下订立了一系列丧权辱国的不平等条约后，他们便萌生了倒幕的思想。

首倡武装倒幕的吉田松荫公开愤怒地痛斥幕府：“不思国患，不顾国辱，不奉天敕，将军之罪天地不容，神人皆愤。”他认为，只有那些不再为封建君主效力的浪人、爱国的豪农富商和粗食陋衣的农民等出身卑贱者，总之，那些被称为“草莽”的人们，才能献身于救国斗争。他们号召人们用武力集中打倒腐朽的卖国幕府，进行社会改革。

推翻幕府统治以后，新上台的明治政府实行了一系列资产阶级性质的改革，来巩固以天皇为首的地主资产阶级的联合专政。这就是历史上著名的“明治维新”。

“明治维新”实现了社会形态的更替，使日本社会由落后的封建历史发展阶段过渡到资本主义阶段，并在这个基础上使日本仅用半个多世纪的时间就发展成为先进的资本主义国家；同时也为日本摆脱沦为半殖民地的危机创造了条件，使日本成为亚洲唯一能够继续保持民族独立的国家。

明治维新基本上完成了日本民主和民族革命的任务，扭转了日本民族的历史命运。

明治维新后，日本政府立即着手开始法律的制定，并直接翻译外国的法律，将这些外国法律直接作为日本法律而公布。

日本政府一方面忙于翻译外国法律，一方面频繁地设置、改设各种机构。

1870年9月，日本政府在太政官制度调查局之下设立民法会议，启动了民法典编纂作业，到1898年7月，明治民法典颁布施行，明治政府编纂民法典的工作走过了曲曲折折的四分之一世纪。

这段时期分为三个阶段：

第一个是民法典编纂的尝试阶段。

民法典的编纂缘起于明治前期的民事法令的稀缺和明治政府领导人对法典的认识。

《拿破仑法典》是近代法典的开山之作，有关法国法的知识，在幕府末年就已经传入日本。《拿破仑法典》在法国社会中的作用，给明治初期的政府领导人以极大启示，它为日本法典的编纂提供了范本。

明治政府领导人把《拿破仑法典》作为发展资本主义的蓝图，企图在明治变革初期制定体系完备的民法典，一来可以健全、统一法制，以

展望未来资本主义各种关系的发展，二来可以同西方列强抗衡，修改不平等条约。

1869年，明治政府在开始翻译法国民法典，提出“错译无妨，唯求速译”，试图把法兰西的名字直接改为帝国或日本后，作为日本的民法予以公布施行。

1871年7月，在《法国民法典》的基础上，制定出《民法决议》，拉开了民法典编纂的序幕。

《民法决议》共80条，内容相当于《法国民法典》第一卷私权的享有丧失及第二卷身份证书的部分。随后，又制定了《皇国民法临时规则》、《民法临时法则》、左院的民法草案、明治11年的民法草案。但是，由日本人自己编纂的民法典的尝试并没有获得成功。

第二个是旧民法的制定阶段。

由于明治初期以翻译法国民法典的方式编纂民法典的尝试没有取得成功，日本政府决定把民法典的起草工作交给外国法律专家来完成。1879年春，委托法国法学家负责起草民法典。1880年4月，在元老院设立了民法编纂局，由法国人负责起草财产法部分，日本人自己起草家族法部分。法典仍然以法国民法为模式，但已不是法国民法典的翻版。而是由人事编、财产编、财产取得编、债权担保编、证据编五编组成。

民法草案经元老院修正、枢密院审议，财产法于1890年4月公布，家族法于同年10月公布，预定于1893年1月1日施行。但由于“法典争论”被延期施行并被打入冷宫。

日本习惯上称这部公布却未施行的民法典为“旧民法”。

第三是明治民法典的编纂阶段。

在旧民法公布前后，旧民法中的人事编受到了批评。许多人认为旧民法在血亲、姻亲和配偶的划分，家长权等方面的规定无视了日本的“固有的淳风美俗”，特别是破坏了家族制度，于是，就形成了对旧民

法典拥护和反对的两派，而展开了日本法制史上著名的“法典论争”。

这场论争实际上是反映了资产阶级自由思想与封建主义的反动思想的斗争。论争的结果，是反对派取得了最后的胜利，旧民法典不得不因此延期施行。日本政府只得又着手重新起草民法。

明治26年，也就是1893年，日本政府设置法典调查会，以首相伊藤博文为总裁，西园寺公望任副总裁，任命主查委员18名，查定21名。由当时日本唯一的一所大学——帝国大学的3位教授承担起草工作。3位委员通过合议起草法条，经调查会讨论后予以确定。

这部新民法典是分期公布的。1896年4月公布了总则、物权、债权三编，1898年6月公布了亲属、继承二编，并确定全部五编于1898年7月16日开始实施。

这部“明治民法”，共36章，1146条。在日本，一般称总则、物权、债权前三编为财产法，亲属、继承后二编为家族法。

但从这部民法典的体例就可以看出，1898年实施的日本民法典是日本从仿照法国法转而借鉴德国法的成果。它的体例基本上与德国民法典相同，只不过把物权编置于债权编之前，并且，物权编中有关土地所有权的规定所占篇幅较大。法典还出现类似德国民法典规定的“善良风俗”、“诚实信用”、“公共秩序”等弹性概念。

日本明治民法典为什么从仿照法国法转而借鉴德国法呢？其一，日本与德国都是资本主义革命后保留大量封建残余的国家；其二，德国历史上的1850年《普鲁士宪法》和1871年《德意志帝国宪法》都确立了国王绝对主权原则和政府的优越地位，这正好符合通过明治维新重掌国家大权的天皇希望确立类似的专制体制的心愿；其三，1870年发生的旨在争夺欧洲霸权的“普法战争”中，法国败在普鲁士的手下，这对当时的日本明治政府带来了很大的震动，并对日本近代立法的方向产生了特殊的影响；其四，至19世纪末期，德国已经形成了完整的六法体系，这些德国法律所反映的主要是垄断时期资本主义法律的特征，这也符合正从自

由资本主义向垄断资本主义转变的日本社会经济的特点。

19世纪末20世纪初的日本，经过明治维新和法制改革的艰巨的努力，终于走上了发展资本主义的道路，并且一越而成为亚洲经济、军事的龙头，为日本的进一步发展打下了良好的政治、法律基础。

一个落后的国家为了摆脱落后状态，或者赶上先进国家，甚至避免因自己落后而挨打或受人欺凌，必然要“变法图强”。在这个过程中，无疑是需要经历痛苦的抉择的。中国的百年历史是这样，日本的近代化历程也是这样。在这个痛苦的抉择中，无论是纯粹“被迫”或是纯粹“自觉”地继受和移植外国法律，都是需要痛下决心和做出艰巨努力的，这是任何一个民族在他振兴过程中的必经之路。

世界潮流浩浩荡荡。民法的发展历程，固然需要一个曲折艰难的过程，但是，它的发展趋势总是和世界的总的发展潮流一脉相承、不可分离的。

民法的发展也必与世界的发展与时俱进。

第五编
历史的选择

在20世纪前半叶的中国历史上，有三个人是永远也抹不掉的，并且对中国的发展做出过巨大影响的历史人物。他们的思想和实践影响了中国半个多世纪的发展历程。

1912年1月1日孙中山在南京宣誓就职，正式宣告中华民国成立。当时成立的南京临时政府是中国历史上仅有的资产阶级共和国性质的革命政府。临时政府成立后颁布的《中华民国临时约法》是中国历史上唯一的一部资产阶级民主共和国宪法性的文献。它确定中华民国为资产阶级民主共和国，规定中华民国之主权，属于国民全体，这就以根本法的形式宣布彻底技术封建君主专制制度，建立资产阶级民主共和制度，从根本上否定了“开明专制”，使所谓的“帝制自为”的观念成为非法观念。在政治制度上确立了三权分立的资产阶级政治制度，参议院为立法机关，

临时大总统、副总统和国务员是行使行政权的机关，法院是司法机关。同时规定了人民的权利和义务，宣告中华民国人民一律平等，无种族、阶级、宗教的区别，并且明确规定人民有保有财产及营业的自由，在法律上宣布了自由经营资本主义企业的权利，打破了清王朝以官办或官商合办等形式对发展资本主义民族工商业的束缚。

在《临时约法》的框架下，临时政府内务部根据孙中山的指示，发布了《保护人民财产令》，宣布凡在民国势力范围内的人民和无确实反对民国证据的原清政府官吏，其私产概归本人所有。同时，还发布了《慎重农事令》，规定必须切实保护农民的利益，置办农具，不误农时。临时政府实业部拟定了《商业注册章程》，由大总统交参议院讨论。此外，还颁布了一系列诸如权利平等令、禁止买卖人口令、禁烟法令、禁赌法令、剪辫法令、劝禁缠足令等关乎国计民生的法令。

民国开国之初，司法部曾颁行《中华民国暂行民律草案》，这实际上就是《大清民律草案》，其基本体例和主要条文与《大清民律草案》没有区别。

北洋政府建立以后，认为《大清民律草案》存在三个缺漏：一是《大清民律草案》仿于德、日，偏重个人利益，不足以应时势之需求；二是《大清民律草案》多继受外国法，对于中国固有法源基本上未涉及；三是亲属、继承的规定，与中国的国情不符。于是，从1914年2月开始着手起草民法典，翌年编成亲属编，1926年最后完成，共5编1522条，这就是史称为中国“第二次民草”。草案完成之时，正值北洋政府发生北京政变，囚禁了曹锟，解散了国会，所以该草案未予公布，北洋政府司法部通令各级法院将这个草案作为条例援用，不作正式法典颁行。

除了这部民法典外，北洋政府还颁布了许多有关民商事条例和法令，例如，《公司条例》、《矿藏条例》、《商人通例》、《证券交易法》、《不动产登记条例》等。

轰轰烈烈的北伐战争结束了北洋军阀在中国的统治。1927年4月18日蒋介石在南京建立南京国民政府。从建国之日起，他们就十分注意国

家法制的建设。同年6月，设立法制局，作为起草法律的专门性机构。1928年12月，国民政府立法院成立，取代法制局，作为法律起草机构。1929年1月，立法院成立民法起草委员会，由傅秉常、史尚宽、焦易堂、林彬、郑毓秀五人组成，并聘请司法院长王宠惠、考试院长戴传贤、法国人宝道为顾问。民事立法工作正式展开。

民法典的整个起草、制定工作是分成4个阶段来完成的：

第一阶段，1929年4月，“总则”编起草完成，立法院4月30日审议通过，5月23日正式公布；

第二阶段，1929年11月，“债”编起草完成，立法院11月8日审议通过，11月22日正式公布；

第三阶段，1929年11月“物权”编起草完成，立法院11月19日审议通过，11月30日正式公布；

第四阶段，1930年12月，“亲属”、“继承”两编也先后起草完成，经立法院审议通过后，于同年12月26日正式公布。

至此，《中国民法典》的编订工作全部完成，并审议通过，正式颁布。全部法典共五编1225条。由于基本采取了“民商合一”体例，原商事法规中，“商人通则”、“商行为”等部分被撤消，许多内容在民法典中加以规定。但商法的主要部分却未能并入《民法典》，而是另行制订单行法加以规范，仍列在“商法”的名目之下。

1927年12月26日，《公司法》正式公布，《票据法》、《海船法》、《保险法》也于1929年10月至12月先后正式公布。

至此，商事立法也基本完成。

从上述情况，我们看到，南京国民政府的民商法律的起草制订的实际工作时间只有一年多。但这是否就意味着这部如此急促就章的法典的“产品质量”就经不起时代的考验呢？到今天，已经过去70多年了，这部《民法典》仍在我国台湾省作为现行法典使用，其主体部分有的竟一

字未动。其中的奥妙何在呢？

首先，网罗了一批对法律确有造诣的杰出人才；

其次，1910年的《大清民律草案》和北洋政府的第二次《民律草案》并未被抛弃；

再次，南京国民政府接受了从晚清政府到北洋政府时期从事立法研究的法律专家花费大量精力搞的《关于习惯的调查报告》。

所以，那种认为《六法全书》完全是由国民政府独自开创和完成的事业的说法，是不符合历史事实的。它应该说是继承和发展的产物。

在回顾南京国民政府《民法典》的制定过程的时候，我们不得不谈到一位对于广大观众可能较为陌生的中华民族的伟大的法学家，这就是生于1898年，逝于1970年，享年七十有三的史尚宽先生。

这位貌不惊人的年轻人，在以后的几十年的生涯中，成为一位中国民法史上举足轻重的人物。

史尚宽，字旦生，安徽桐城县人，少聪慧早发，性厚重而颖悟，11岁能文章。15岁留学日本，由日本京都第三高等学校转而东京帝国大学法律系，先后学习9年，获法学士学位。1922年秋，赴柏林大学研究法律。越二年，转法国巴黎大学研究政治经济。在日、德、法留学14年后，1927年回国，在中山大学、中央大学、政治大学任教。在国民政府中，先后任立法委员、立法院法制委员会委员长、考试院秘书长、国民大会代表、总统府国策顾问、考选部部长、法院大法官、司法行政部司法官训练所所长等职。于1929年7月，任立法院民法起草委员会五名委员之一，曾参与《六法全书》的民法、宪法等重要法典的起草与制订。

史尚宽在《民法全书》的“自序”中称：“民法为众法之基。私法固不待论，欲治公法者，亦应对于民法有相当理解，而后可得其真谛。”他认为，中国虽然有一部受中外学者一致好评的民法，只“可惜尚少精深渊博之巨大著作以宏其用，良以民法关系错综复杂，远非他法可比，非将全部融会贯通，难以运用。”因此，他虽然身任许多高位要

职，但他素怀学者心愿，无奈当时忙于立法的起草、制订，后因战乱，使“其情有所不能”，直至到达台湾以后，才得以全力从事著作。从1950年至1970年，经20年不懈之努力，先后完成《民法总论》、《债法总论》、《债法各论》、《物权法论》、《亲属法论》、《继承法论》，共6册煌煌巨著，计400余万字，合称《民法全书》。

史先生平生以法学为己任，少年时留学东西洋诸国，视野开阔，学识宏富，既有立法实践的可贵阅历，又有潜心研究著述的宏伟志愿，先后出版法学专著14种，论文数百篇，计千万言。尤其是他的宏篇巨著《民法全书》，标志着中国式的民法理论体系的建立，是后来民法学者学习和研究民法理论时首选和必读的权威的学术著作。

史先生效力于民法学58年，是将民法学全面系统地中国化而集大成的第一人，称他为中国民法学的奠基者和民法学界的泰斗，实为当之无愧。他是所有后来者的榜样和先驱。

但是历史就是这样的无情，虽然，南京国民政府制定了比较完整的法律体系，但仍未能改变国民党政府在中国大陆的全面失败的命运。这是一个值得深思的问题。

在与南京国民政权同时存在于中国大陆的另一个新兴的政权——中国共产党所领导的人民民主政权，在1927年至1949年这22年里，他们以马克思主义为指导思想建立起了一个具有自己特色的法律体系。这个体系虽然还很不完备，但是，在当时却是代表了中国当时先进的生产力和生产关系。

新民主主义时期革命根据地所建立的法律制度中，有关的民事立法主要反映在婚姻立法和土地立法中。而其中的婚姻立法则又占了绝大部分。从20世纪30年代开始，直至1949年10月1日建国之前，由革命政权正式颁布的有关婚姻制度的主要法律性文件有十几部，如：第二次国内革命战争时期的1930年闽西第一次工农兵代表大会通过的《婚姻法》，1931年湘赣苏区的《婚姻条例》，1931年12月中华苏维埃共和国中央执行委员会公布的《中华苏维埃共和国婚姻条例》，1934年4月的《中华

苏维埃共和国婚姻法》；抗日战争时期的《陕甘宁边区婚姻条例》、《晋察冀边区婚姻条例》、《晋绥边区婚姻暂行条例》、《山东省婚姻暂行条例》等等。这些婚姻立法都贯彻了男女平等、婚姻自主、一夫一妻原则，以及离婚后财产的处理、保护子女利益等内容。它们是建国后婚姻立法的基础。

除此以外，在解放战争后期，革命政权也颁布了一些保护民族工商业的政策法令，如1948年2月，中共中央发出的《关于工商业政策的指示》，陕甘宁边区政府发布的《关于保护工商业的布告》，这些法律性文件，对于发展生产、繁荣经济，保护民族工商业不受侵犯，起到了积极的作用。

在这里值得特别一提的是1947年9月由全国土地会议通过的《中国土地法大纲》，它不仅明确了土地改革的方式和做法，而且还充分肯定了人民对所分土地的所有权。它宣布废除封建性、半封建性剥削的土地制度，规定废除一切地主、祠堂、庙宇、寺院、学校、机关及团体的土地所有权，宣布废除一切乡村中土改以前的债务、土地契约，并且接受地主的牲畜、农具、房屋、粮食及其他财产。它确定以乡村为单位、不分男女，按人口统一平均分配土地，在土地数量上抽多补少，质量上抽肥补瘦，使全乡村人民均获得同等的土地。它确认人民对所分得土地的所有权，规定凡人民分配得到的土地归各人所有，由政府发给土地所有证，并承认其自由经营、买卖及在身老孤寡、家无劳动力的特定情况下，可以出租的权利。它确认保护工商业原则，规定在土地改革中应保护工商业者的财产及其合法的经营不受侵犯。还为此专门设立了土地改革人民法庭，以保护土改的成果。人民法庭受理破坏违抗土地改革运动的案件，例如：造谣生事，阴谋犯罪；隐瞒分散，私相授受；宰杀牲畜，砍倒林木，破坏农具、财产、水利、建筑物、农作物及其他物品；妨碍土地及财产的公平分配；一切浪费、侵吞、贪污、偷盗、强占、私自赠送以及贩卖农民斗争所得果实，等等。人民法庭可以判处当众坦白、赔偿、罚款、劳役、褫夺公民权、有期或无期监禁、死刑。土改结束后，人民法庭即予撤消。

虽然建国前新民主主义革命时期革命根据地的民事法律制度并不完善，但它们对于人民民主政权的建设，开展土地革命及土地改革，支援革命战争，保障人民权利，促进社会经济的恢复与发展，都起到了极为重要的作用。这些法律制度也是中华人民共和国法律制度的直接来源。

历史是一面镜子，它能够折射出社会发展的规律和艰难的历程，我们今天在这里回顾它，并不是仅仅为了回顾，而真正的目的却在于，以史为鉴，以史为师，我们应该从历史中去寻找我们曾经丢弃的东西和宝贵的经验。这就是我们工作的目的。

第六编
永恒的主题

天安门——中国人最熟悉的地方，也是新中国第一面五星红旗升起的地方。

唱彻世界的《义勇军进行曲》，向全世界宣告了在20世纪40年代末在这古老的东方一个新的人民政权的诞生。

这个政权从它诞生的那一天起，就公开宣布废除在这片土地上的被推翻的旧政府的所有的法律体系。这就是1949年2月，中共中央发布的《关于废除国民党六法全书与确立解放区的司法原则的指示》。

《指示》指出：

“国民党全部法律只能是保护地主与买办官僚资产阶级反动统治的工具，是镇压与束缚广大人民群众的武器。”因此，“在无产阶级领导下的工农联盟为主体的人民民主专政的政权下，国民党的六法全书应该废除，人民的司法工作，不能再以国民党的六法全书为根据，而应该以人民的新的法律作依据。”

于是，在废除国民党法律体系的同时，新政权也开始了自己的新的法律体系的创建工作。

只是这个创建的过程显得过于曲折而漫长。

新中国的法制史可以划分为四个时期：

第一个时期是1949年到1956年的新中国法制的初创期；第二个时期是1957年到1976年的新中国法制的发展与挫折期；第三个时期是1977年到1991年的新中国改革开放与法制复兴期；第四个时期是1992年到目前的新中国法制的新的发展阶段。

与新中国法制的发展史相呼应，新中国的民法史也同样经历了这四个发展时期。

第一个发展时期，是新中国初期民事立法的第一个丰收期。这一时期的一个在显著特点就是全盘照搬前苏联的民法理论。1956年12月完成的新中国第一部民法典草案，就是以1922年苏俄民法典为蓝本而起草的。这标志着新中国民事立法的开端。

1922年的苏俄民法典是参考德、瑞、法诸国的民法典及1913年《俄国民法草案》制定的，它在根源上可以追溯到大陆法系。这也就决定了新中国第一个民法典草案及此后民事立法及民法理论仍旧与大陆法系民法相通，有着相同的立法体例、基本概念、基本制度。

为了更好地贯彻国家在过度时期总路线，完成产生资料所有制的社会主义改造，随着1954年宪法对于社会主义法律体系的确立，1954年冬，第一届全国人大常委会便组建了专门的班子，着手起草民法典。

在1956年9月，中国共产党第八次全国代表大会上，刘少奇提出了扩大人民民主，完善社会主义法制的方针，从而进一步提出了健全国家法制的任务。董必武也指出要写出我们的六法全书，要制定刑法、民法、诉讼法、劳动法、土地使用法等一系列法律。

这样经过两年多的努力，到1956年底，终于出台了一个由总则、所有权、债、继承4编、500余条的民法典草稿。

这一时期由中央人民政府委员会通过并公布实施的最重要的民事法律就是1950年4月13日通过的《中华人民共和国婚姻法》。这是新中国颁布的第一部民事法律。

此后，在废除民国政府六法全书的30年后，由我国立法机关正式颁布的法律文件为数极少，涉及民事规范的就更少。绝大部分的民事法律性文件，是由中共中央或者国务院颁布实施的。有的是以最高人民法院的司法解释的形式颁布的。

第二个时期的民事立法，除了国务院及其各部委和最高人民法院颁布的有关土地与房产、婚姻、知识产权等方面的一些法规和司法解释外，几乎没有由国家立法机关颁布的民事法律。

但是，值得一提的是，1964年7月完成的由全国人大常委会的办事机构所组建的民法研究小组起草的包括总则、财产的所有和财产的流转3编24章共262条的《中华人民共和国民法（试拟稿）》。这个草案的最突出的特点是：一方面摆脱了苏联民法典的模式的影响，又与资本主义国家的民法划清了界限。而是采用了一个全新的体例，将继承和侵权行为排除在外，并将预算、税收等财政法律关系及劳动工资报酬等劳动法律关系纳入法典。

另一方面，它一概不使用“权利”、“义务”、“债权”、“物权”、“所有权”、“法人”等法律概念，却在条文中充斥诸如“高举三面红旗”、“联系群众”、“勤俭节约”等口号式的政治语言，体现了鲜明的时代特色。

不久，由于“四清”运动的全面展开而使得这次起草工作再度中断。

在1966年至1976年的十年“文化大革命”，不仅使民事立法在内的所有立法活动完全停滞了，而且法律秩序遭到了严重破坏，公民的民事权利也遭到了肆意践踏。

1954年宪法中，明确规定了公民的住宅与合法财产不受侵犯，但是在“文革”中，抄家成了合法的“革命”行动。

1966年5月“文革”发动后，据北京某学校一个班级的统计，有1/3以上的人被抄家。北京大学2000多名教职工中，家在北京的便有100多人被抄家。在抄家过程中，稍微像样一点的家具全部被抄走，连衣服、被褥等生活必需品也不放过。著名女作家丁铃的家，先后被抄了十几次。

几十万字的手稿被抄走毁掉。著名书法家沈尹默先生的家几次被抄，他60多年来书写的诗词、字画，搜集珍藏的古今作品、古贴古书，全部被抄走毁掉。著名画家刘海粟的家被抄了24次，什么东西都抄走了，后来都没有下落。在大规模抄家之后，那些原属私有的房产也被没收。

“文化大革命”成了一场真正意义上的浩劫。

第三个时期是我国建国以来民事立法的黄金时期。

1978年12月，在中国共产党十一届三中全会上，叶剑英在谈到法制问题时指出：我国的法制从建国以来从来没有很好地健全起来。“文革”的教训使得我们从反面懂得，一个国家非有法律和制度不可。这种法律和制度要有稳定性、连续性，它是人民制定的，一定要具有极大的权威，只有经过法律程序才能修改，而不以任何领导人个人的意志为转移。他要求人大常委会要立即着手研究、修改、制定民法、诉讼法、刑法、婚姻法和各种经济法，等等，尽快完善法制。

这次会议的决议指出：“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威性，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。从现在起，应当把立法工作摆到全国人民代表大会及其常委会的重要议程上来。”

根据这次会议的精神，1979年2月成立了全国人民代表大会常务委员会法制委员会，作为国家最高立法机关的工作机关。在全国人大常委会法制委员会组建之初，就成立了民法起草小组，开始了第三次民法典的起草工作。

在1979年开始第三次民法典起草工作后，1982年5月草拟出了第4稿民法典草案，同时在起草民法典的过程中出现了关于是先制定一批单行法规，然后再编纂成一个统一的民法典，还是立即制定一部完整民法典的两种意见的争论。在基本统一了思想以后，全国人大常委会法制委员会决定先制定一批单行法规，暂不草拟民法典。于是，从1982年6月，

民法起草小组开始起草规定民事法律关系基本原则的《民法通则》。法制委员会于1983年组建民法通则起草小组，决定以第三次民法典草案为基础，制定民法通则。

在经过多次修改以后，1986年3月，第六届全国人大常委会第15次会议决定将民法通则草案提请第六届全国人大第四次会议审议。审议的主要问题有：

第一，关于民法通则的基本原则和调整范围；

第二，关于法人；

第三，关于个体工商户、农村承包经营户、个体合伙；

第四，关于民事法律行为；

第五，关于民事权利；

第六，关于民事责任；

第七，关于涉外民事关系的法律适用；

第八，各少数民族自治地区的单行条例或者规定。

1986年4月12日，第六届全国人大第四次会议正式通过了《中华人民共和国民法通则》，并于1987年1月1日起施行。

《民法通则》的颁布使大量民事活动有法可依；基本上改变了长期以来对民事法律关系只按政策进行调整的局面，使得民事权益得到了有效的法律保障；维护了公民的合法权利；促进了经济的发展；为民法典的制定积累了经验，奠定了基础。

在这一时期，除了《民法通则》以外，全国人大及其常委会先后通过了《婚姻法》、《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《商标法》、《专利法》、《继承法》等民事法律。

综观这一时期我国的民事立法，可以用成就斐然、承前启后这八个字来概括。

这一时期除了这些民事法律以外，最高人民法院和国务院还相继颁布了一系列有关贯彻执行《民法通则》和其他民事法律的司法解释和行政法规性质的实施细则，极大地丰富和促进了我国民事立法的理论和实践的内容与发展。

第四时期是我国民法的全面发展的新时期。

每当听到这首委婉动听的歌曲，人们的眼前立刻便会浮现出这位中国人民永远不能忘记的伟大的老人的慈祥面容，就是他，以博大的胸怀和果敢的气魄，在这960万平方公里的古老的大地上，率领着亿万炎黄子孙谱写了一曲无比壮丽的伟大诗篇。

就在公元20世纪的90年代的第二个春天，又是这位年近九旬的老人，再次揭开了中国改革史上的又一个美丽的春天。

这里是中国人民十分熟悉的全中国人民的议事会堂——人民大会堂，1992年10月12日，就在这里，中共中央总书记向着全世界宣布了这样一个结论：

“社会主义市场经济体制是同社会主义基本制度结合在一起的。在所有制结构上，以公有制包括全民所有制和集体所有制经济为主体，个体经济、私营经济、外资经济为补充，多种经济成分长期共同发展，不同经济成分还可以自愿实行多种形式的联合经营。国有企业、集体企业和其他企业都进入市场，通过平等竞争发挥国有企业的主导作用。”

“运用包括市场在内的各种调节手段，既鼓励先进，促进效率，合理拉开收入差距，又防止两极分化，逐步实现共同富裕。在宏观调控上，我们社会主义国家能够把人民的当前利益、局部利益与整体利益结合起来，更好地发挥计划和市场两种手段的长处。”

这一段讲话中所确定的发展社会主义市场经济的目标，以及对所有制结构和关系的论述，对中国在新的社会转型期的民事法律的发展和完善提出了要求和目标。

1993年2月14日，中共中央向第七届全国人大常委会提出关于修改

宪法部分内容的建议。1993年3月29日，第八届全国人大第一次会议通过了《中华人民共和国宪法修正案》。这个修正案对国有经济与农村中的家庭联产承包责任为主的责任制和其他各种形式的合作经济在社会经济生活中的性质、地位等做了明确的规定，特别将实行社会主义市场经济体制作为国家的经济体制改革的目标模式确立下来。

正是根据这一要求，在90年代中后期，全国人大及其常委会制定了大量规范市场行为、维护公民和法人民事权利的法律。这些法律主要有：《著作权法》、《公司法》、《合伙企业法》、《乡镇企业法》、《城市房地产管理法》、《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《产品质量法》、《拍卖法》、《担保法》、《票据法》、《保险法》、《广告法》等，并且对《经济合同法》、《商标法》等进行了修改。同时，民法典的起草工作也重新开始着手进行。

就这样，适应社会主义市场经济需要的民事法律体系已经初步开始形成了。

1999年3月15日，第九届全国人大第二次会议通过了第三个宪法修正案，明确了社会主义初级阶段的基本经济制度和分配制度，确认了非公有制经济在国民经济中的重要性。

这些宪法制度的变化，对中国民事法律的发展产生了重要的影响。

正是在这种形势下，作为中国民法典重要内容之一的《合同法》的制定工作，悄然摆上了中国最高立法机关的日程。

中国《合同法》的制定工作可以追溯到20世纪50年代。自1950年起，为恢复国民经济，国家把发展商品生产和商品交换，作为工作的重点，开展了有计划的经济建设并对生产资料私有制进行社会主义改造。为了适应当时多种经济成分并存的经济结构，国家在经济领域广泛实行合同制，以发挥合同在国民经济生产和流通领域中的重要作用。1950年9月27日，政务院财经委员会颁布了新中国第一个合同法规——《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》。随后中央陆续颁布了

40多个有关合同方面的法规，对买卖、供应、基本建设包工、加工承揽、运输、财产租赁、保险、保管、委托、信贷等主要合同形式作了规定。到1956年，我国的合同法律制度初具规模。

自1957年起，我国合同法律制度遭到了严重的挫折。由于在经济领域否定了发展社会主义商品生产和商品交换的方针，作为商品交换法律形式的合同失去了存在的基础，合同制度随之被取消。1976年以后，随着对国民济济进行调整，为合同法的发展提供了坚实的基础。1980年国家工商行政管理局颁布了《关于工商、农商企业经济合同基本条款的试行规定》，1981年国家经委颁布了《工矿产品合同试行条例》等。

为了统一和完善合同法，消除单行合同法规之间的矛盾和抵触，1980年10月在全国人大法制委员会的主持下，成立了经济合同法起草小组。在广泛吸纳各方修改意见后形成1981年9月29日的经济合同法草案送审稿，并于同年12月13日经五届人大四次会议通过，1982年开始实施。为了建立健全我国的合同法律制度，又分别于1985年和1987年相继通过了《涉外济济合同法》和《技术合同法》，从而形成了三部合同法三足鼎立的局面。1993年八届人大二次会议和三次会议做出了修改《经济合同法》的决定，删除了原合同法中涉及计划的八个条文，只保留了两个有关计划的规定。但是，三大合同法的调整范围呈现出一种模糊不清的交叉关系，留下了大片的法律调整空白，造成大量的法律规范重复。因此，自1993年起国家立法机关就开始《中华人民共和国合同法》的起草工作。

《合同法》的制定，是我国民事法律发展的一个重要的里程碑，它对我国在新世纪民事法律关系和民事法律制度的发展和完善，奠定了坚实的理论和制度基础。

在《合同法》的尘埃尚未落定之时，民法典的制定工作已经提到了现实之中。

时间：2002年12月23日。

地点：北京人民大会堂。

这是中国民法史上激动人心的一刻，中国企业界、司法界、民法学界和全国人民已经盼望了50年的民法草案，经过千锤百炼之后，终于摆在了国家最高权力机关的每一位成员的面前。

国家成立了9人编纂小组，出台了两套草案；2002年12月23日民法典草案提交全国人大常委会审议。

当然，中国的民法之路是不会平坦的。

在起草民法典的过程中，就出现了几种不同的编纂思路，并为此展开了激烈的争论。第一种思路是厦门大学徐国栋教授的以法国民法典为主要思路的人文主义编纂思路；第二种思路是以中国政法大学江平教授为主的松散式编纂思路；第三种思路是以中国涉过社会科学院梁慧星研究员为主的以德国民法典的体例为主要思路的物文主义思路。

在世界民法典编纂史上曾经发生过三次较大规模的论战。

一次是19世纪初德国蒂堡对萨维尼的围绕德国民法典编纂而展开的学术论战，第二次是19世纪七八十年代在美国纽约发生的关于纽约民法典是否应该出台的论战，第三是19世纪90年代，在日本民法典制定过程中关于旧民法典是否需要延期的论争。

这三次论战虽然论战的内容、结果不同，但是，都不同程度地促进了各国民法的发展。

滚滚长江，哺育了多少优秀的中华儿女，他们为了中华民族的振兴付出了自己的一切，乃至宝贵的生命，在中国历史上留下了一幕幕悲壮的史诗。

在他们的心灵深处，都回唱着一首无比珍贵的心曲，那就是，为了中华之崛起而奋斗。

这才是我们中华民族数千年来永恒的主题。

发展固然是硬道理，但要发展就要有无数的人去拼搏，去奋斗。

我们已经拥有了太多太多的历史的经验和教训，但我们终于找到了一条适合于我们的依法治国的光明大道。

在中国迈入法制文明社会的今天，确立产权制度，建立健全各类财产权制度，已经成为中国最高领导层关注的重要问题。

胡锦涛总书记在十六届三中全会的政治报告中指出：

“产权是所有制的核心和主要内容，包括物权、债权、股权和知识产权等各类财产权。建立归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度，有利于维护公有财产权，巩固公有制经济的主体地位；有利于保护私有财产权，促进非公有制经济发展；有利于各类资本的流动和重组，推动混合所有制经济发展；有利于增强企业和公众创业创新的动力，形成良好的信用基础和市场秩序。这是完善基本经济制度的内在要求，是构建现代企业制度的重要基础。要依法保护各类产权，健全产权交易规则和监管制度，推动产权有序流转，保障所有市场主体的平等法律地位和发展权利。”

2004年3月14日，一个在中国宪政发展史上值得纪念的日子。就在这一天，在中国第十届全国人民代表大会第二次会议上通过了宪法第四个修正案，这个修正案第一次向世界明确宣告：合法的私有财产不可侵犯。这是建国以来第一次把保护私有财产的内容写入宪法，从而明确了私有财产权的法律地位。

2007年3月16日，《中华人民共和国物权法》由全国人民代表大会全体会议通过，这是中国立法史上的一件大事，标志着中国民法典的制定工作已经进入了一个新的阶段。2010年3月，国家最高权力机关将通过《中华人民共和国侵权责任法》，至此，除了《人格权法》及《涉外民事法律适用法》外，中国的民法典的编纂工作将基本告罄。那时，具有中国特色的民法体系将基本建立起来，新中国没有民法典的历史将结束。中国公民私权利的保护将进入一个崭新的发展阶段。

世界潮流就象这奔腾不息的长江水，浩浩荡荡，不可阻挡。

要想做这驾风驶浪的弄潮儿，不仅需要勇气和胆量，更多的要的是理性和智慧。

拿起全人类创造的这些优秀的最先进的科学文化的利器，去开辟我们更加美好的明天，才是当代全体中国人的永恒的主题。

2003年9月6日第一稿
2004年1月10日第二稿
2009年5月30日第三稿

（原载于苗延波：《中国民法体系研究》，知识产权出版社2010年1月第1版。）

中国商事立法与商法学

从新中国的商法及商法学的发展历程来看，中国的商法及商法学从1949年建国到现在，经历了一个曲折的发展历程。自1949年到1978年近30年间，与其他法律学科相比，中国商法及商法学的发展在此期间陷入了前所未有的低谷。立法者完全忽视这一法律部门的存在，无一高校开设与之相关的课程，理论著作也基本处于空白状态，“商法”一度成为了历史名词。特别是1966年到1976年，法律虚无主义盛行，商法就更加成为被遗忘的角落，“商法学”几乎在中国大陆绝迹。

如果说1978年是中国发展的一个转折点，那么这一年也同样给中国的商法及商法学带来了一个历史性的转机和灿烂的春天。从中共十一届三中全会到中共十四大直至十七大，伴随着从“扩大企业自主权”到“有计划的商品经济”，再到“建设有中国特色社会主义市场经济体制”，直到“构建和谐社会”，中国的经济体制改革不断地向纵深方向发展，中国的商法和商法学由停滞走向复兴，由复兴步入昌盛，逐渐形成了一个具有中国特色的商法体系和重要的、独立的商法法学部门。

一、商事立法的辉煌成就

党的十一届三中全会后，百业俱兴，我国进入了改革开放新时期，一些商事立法逐渐被制定出来。

（一）有关商事主体（现代企业、公司制度）的立法

这类商事立法包括：《中外合资经营企业法》（1979年通过，1990年和2001年修改）、《外资企业法》（1986年通过，2002年修改）、《企业破产法（试行）》（1986年）、《全民所有制企业法》（1988年）、《中外合作经营企业法》（1988年通过，2000年修改）、《公司法》（1993年通过，1999年和2005年修改）、《商业银行法》（1995年）、《乡镇企业法》（1996年）、《合伙企业法》（1997年通过，2006年修改）、《个人独资企业法》（1999年）、《中小企业促进法》（2002年）、《农民专业合作社法》（2006年）、《企业破产法》（2006年）等。

（二）有关商事行为的立法

这类商事立法包括：《海商法》（1992年）、《反不正当竞争法》（1993年）、《消费者权益保护法》（1993年）、《产品质量法》（1993年通过，2000年修改）、《对外贸易法》（1994年通过）、《广告法》（1994年）、《票据法》（1995年）、《担保法》（1995年）、《保险法》（1995年通过，2002年修改）、《拍卖法》（1996年）、《价格法》（1997年）、《证券法》（1998年通过，2005年修改）、《合同法》（1999年）、《招标投标法》（1999年）、《信托法》（2001年）、《农村土地承包法》（2002年）等。

此外，由国务院从1980年起颁布了几十部有关商事活动的行政法规，最高人民法院也颁布了数十个有关商事审判的司法解释。除了这些法律、行政法规、司法解释以外的，中国地方还存在着大量的有关商事关系调整的地方性法规，这些法律、法规、司法解释构成了具有中国特色的商法体系，自然也应属于中国商法的直接渊源。

总之，经过中国立法界、司法界和学术界30年的不懈努力，一个已

经基本适应社会主义市场经济发展需要的中国现代商法体系已经初具规模，并跻身于法律体系之林。中国商法的崛起，已经不是一个梦想，而将在21世纪焕发出更加灿烂的光辉。

二、商法学的复兴与快速发展

随着党的工作重点转移到社会主义现代化建设上来，确立了改革开放的方针和解放思想、实事求是的思想路线。为适应经济发展与社会生活的需要，从1979年开始我国颁布了大量的商事法律、法规，完成了我国商法从无到有的关键性的转变，从而促进了商法学的复兴与发展。国家立法部门也深深感到由于缺乏商法理论的指导，立法中的一些基础性问题得不到解决，不仅严重影响到商事立法的开展，也使得已颁布的法律之间的冲突与矛盾也日益明显。同时，司法部门也迫切需要从理论上对已经颁布的法律进行必要的解释与阐释，但这些工作离不开商法理论的支持与指导。于是，在部分大学的法律系和专门的法律院校，相继开设了诸如外国商法、外国民商法以及商事单行法的课程，商法学的教学得以恢复。

在商法学的研究上，为适应对外开放与维护国家权益的需要，前期的研究主要集中在外国商法制度上，出版诸如《西方民商法制》、《外国商法》、《外国民商法》等学术著作。随着经济体制改革的深入发展，学者们的注意力开始转向公司、证券、保险、破产、海商等具体商事制度。部分学者开始从市场的角度对商法的地位、作用与功能进行了重新认识，开始探讨商法的独立地位与作用，并且呼吁中国的经济立法应当是民法、商法、行政法和经济法的混合体，明确提出商法是适应商品经济发展的内在要求，调整商品经济关系的基本法律。这个时期，专门研究商法基础理论的著作主要有《商法概论》（徐学鹿）、《商法》

（徐学鹿）等。

但是，这一时期商法学的研究从总体上讲，仍然是处于一种边缘化的尴尬的境地。大多数学者认为，横向的经济关系归民法调整，纵向的经济关系归经济法调整，商法的内容可以分别为民法与经济法所吸收，不具有其独立的地位。这种局面直到中共十四大“建设社会主义市场经济体制”的目标的提出，才开始有所改观，商法终于得以从幕后走向前台，从复兴走向发展。从此，开始进入了中国商法和商法学快速发展的轨道。

社会主义市场经济体制的建立，使得商法及商法学的地位与作用的重要性越来越得到公认，在理论界首先开始划清了商法与经济法的关系，认为经济法属于公法，而商法则属于私法的范畴。[注]两者的主要区别是：商法调整商事关系，经济法调整因国家干预经济活动而发生的经济活动；商法确认个体自我调整机制，经济法确认社会整体机制；商法侧重保护商主体的合法权益，经济法侧重维护社会的整体利益。[注]因此，二者不能相互取代，在整个国家的法律体系中应该是有机的结合，乃中国法律体系中不可或缺的重要组成部分。至于商法与民法的关系，始终存在分立与合一的争论，但是，有一点还是取得了绝大部分学者的共同认识，那就是：随着社会主义市场经济体制的不断发展，确有必要构建一个具有中国特色的、科学的商法学理论体系。从此，商法学逐步进入了一个全面发展的新时期。

在理论研究的基础上，20世纪90年代中期以后，中国的商事立法获得了飞速的发展。一大批高质量的商事立法应运而生，中国独具特色的商法体系初步建立起来。

在商法教育方面，绝大多数高等院校的法律院系开设了商法、公司法、保险法、票据法等课程，许多教学研究机构还设立了专门的商法研究机构，如清华大学的商法研究中心、华东政法学院的公司法研究中心、中国人民大学的商法研究所以及华中师范大学商法研究中心等等。特别是中国法学会成立了中国法学会商法学研究会，使得商法学获得了

与民法学等学科并驾齐驱的地位，有力地促进了商法学的发展，也使得中国的商法学研究取得了宝贵的名分，赢得了自己充分发展的空间，乃中国法学研究的一大幸事！

1998年国家教育部正式将商法列为法学的十四门核心课程之一。在以教育部高等教育司的名义出版的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》中，又明确地指出，商法课程应包含总论、公司法、破产法、票据法、证券法、保险法和海商法等7个部分。这绝不是民法和商法对经济法研究领域的瓜分，而只能是民法和商法对自有研究领域的原状恢复。部分法律院校设立了民商法学的硕士点和博士点，培养了大批商法的专业研究人员。高等法律院系对商法学科也越来越重视，研究商法的人也越来越多，在民商法专业下面有从事商法研究的，在经济法专业下面也有从事商法研究的。一大批颇有成就的中青年学者加入到了商法学的研究行列，出版和撰写了大量的商法学研究专著和论文，据不完全统计，自2000年以来出版的商法学研究专著近80部，其中既包括商法基础理论的研究专著，也包括公司、保险、证券、海商等具体商事制度的研究专著；既包括对中国商事制度及体系的研究，也包括对国外商事制度的研究。总之，其所涉及的内容广泛，研究也越来越深入、细微，有的甚至触及到了中国商事立法的核心问题和基本理论，具有一定的深度和可行性。除此而外，每年在学术刊物上发表的商法学论文更是数以百计，[注]使得商法学研究呈现出一派繁荣景象。

总之，改革开放的三十年来，中国学术界从什么是商法都说不清的近乎零起点开始，从介绍外国商法起步，逐步从民法和经济法中将商法剥离出来，发展到将商法学列为法学教育核心课程之一，成为一个独立的法学学科，并且正在得到飞速的发展，实在是一件了不起的成就，值得大书特书。因此，认真总结中国商法学的发展轨迹和卓越成果，乃中国法学界必为之举。

三、商法学的研究成果

（一）关于民商分立与民商合一

民商分立与民商合一之争，源于清末修律之时，至今仍是中国商法学界普遍关注的问题。因为，该问题涉及到中国商法的立法模式和中国商法的体系结构等基本理论问题。

民商合一论立足于民商法同属于私法法域，具有相容关系这一理念；而民商分立论则植根于民商法的差异性、商法的特征和商法的独立性这些客观事实。主张中国应采民商合一的立法模式的商法学者具有代表性的观点主要有以下几个方面：

（1）商法与民法在基本价值追求上具有重合性，受某些相同价值规则和价值取向的约束，在调整手段和方法上也有明显的相同之处。(2)调整对象上具有不可分性，都调整市场主体及其活动，商人阶层已不存在，商行为与一般民事行为之间也没有明显的界限。(3)法律性质属性上具有相同性，均属于私法范畴，均为权利法。(4)民商分立有其自身缺陷，民商分别立法会导致立法重复之处甚多及法律适用上出现困难。(5)从身份到契约的法律进步趋势的影响。(6)民商分立的立法条件并不具备，因为民商分立必须以民法的高度发达为条件，是在民法发展到一定阶段后现有的民法规范无力调整纷繁复杂的社会经济关系时才产生对商法的渴求，而我国目前的实际情况是民法本身尚有待完善。(7)现有立法体制的束缚，在民法与经济法的关系尚未完全理清的情况下，谈民商分立只会延缓我国民事立法的正常进程。

所谓民商分立，其基本含义是指民法典与商法典自成体系，分别立法，各自调整社会经济关系中的民事关系与商事关系。中国法学界中主张民商分立的理由主要有：（1）现代社会虽然已经不存在中世纪那样的商人阶层，但是随着生产社会化程度的提高，企业已经取代传统商人

的地位，成为商法的主体。（2）企业在国民经济中具有举足轻重的地位。因此，有必要以商法作为企业的基本法，加强对企业组织及企业行为的法律规范。（3）商事具有一些不同于民事的特点，即使实行民商合一体制，民法典也包容不了全部商事规范，还要在民法典之外再制定单行的商事法规。与其如此，不如继续坚持民商分立体制。[注]

在民法与商法的相互关系上，主“合”的声音始终强于主“分”，但商法的独立性问题已经引起学者的重视。有学者认为，不管民法与商法之间的融合怎样密切，仍然不能否认商法作为相对独立的法域的重要地位。[注]更有学者明确地指出：商法是相对地独立于民法的一个独立的部门法。商法有着属于自己的、不同于民法的立法价值取向、调整对象、主体范围、性质与特征，因此，它与民法虽同属于私法领域，在立法和实践中各自应具有各自的独立性，尤其是在立法中，其应当有着独立的法律体系，其中包括独立的规则体系、独立的适用范围、独立的责任体系和独立的理论框架。[注]

（二）关于我国商法体系的构建

对于中国商法体系的研究，中国学者主要有以下几种观点：第一种观点从商法理论角度认为，中国商法体系由商主体法、商行为法和商事权利救济法三部分组成；[注]第二种观点认为，从立法角度看，中国现有的商事立法已经足以构成完整的中国商法体系；[注]第三种观点认为，应该以买卖法为中心来建立中国商法体系，制定《中华人民共和国商法》；[注]第四种观点认为，中国应当制定一部完整的《中华人民共和国商法典》，并以其为中心使中国商法成为一个具有有机联系的形式严密的体系结构；[注]第五种观点认为，中国的商法体系由商法领域之基本法——《商法通则》加商事单行法构成。[注]

（三）关于商法通则的制定

关于是否制定商法通则的问题引起过中国商法学界的激烈争论，总的看来，持否定态度的观点始终占据着主导地位，他们的主要理由是：（1）商法与民法并列是历史原因造成的；（2）民商合一是立法趋势；（3）商法是民法的特别法，不是独立的法律部门；（4）中国现有的商事立法和民法典已经足以适应中国现实的需要，因此，中国无须制定单独的商法典或者商法通则。持肯定态度的主要理由是：（1）制定民法通则是超越民商合一与民商分立争议的务实立法选择；（2）制定民法通则是商事制度自身体系化、科学化的必然要求；（3）有利于填补中国当前商事法律规定不足，统一协调和解决相关法律制度之间的矛盾与冲突；（4）可以提升有关商事制度的立法层次，加强对商事关系的法律调整；（5）社会经济的发展、法律意识的提高、立法和司法方面的实践经验以及丰富的理论研究成果，已为指定商法通则打下了坚实的立法基础。[注]有的学者还草拟出了《中华人民共和国商法通则草案建议稿》。[注]

（四）关于公司法人治理结构

为完善我国的公司法人治理结构，在股东会方面，有学者主张在公司法中增设股东自行召集股东会或请求法院强制召集权；通过投票制约制度修正同股同权原则，建立大股东与小股东权益均衡机制；构建股东派生诉讼机制与大股东对少数股东的受托义务，避免公司受大股东的绝对控制。在董事方面，一些学者研究了董事的受托义务与忠实义务，并就我国公司法董事义务制度的完善提出了积极的建议。在公司经理人方面，学者们探讨了公司经理人的法律地位，认为有必要将公司业务执行权作为一种独立的权力加以研究，并重新审视公司经理人的职权和地位。[注]这些研究成果有的已经为商事单行法的修正案所接受。

（五）关于金融风险的防范

1997年席卷东南亚的金融风暴使中国学者们充分认识到依法治理金融，化解金融风险的重要意义，于是，学者指出，为了化解金融风险，必须通过加强金融法治，把一切金融活动纳入规范化的轨道。他们建议加快证券、期货、信托、破产等金融法律的修订、制定工作，尽快建立我国的金融法律体系，逐步化解国有企业的债务和不良资产，建立科学的银行体系。这些建议和研究成果为我国金融法制的完备提供了充实的理论保障。

（六）关于破产法的修改与完善

改革开放以来我国共公布过两部破产法，一部是由第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议于1986年12月2日通过的《中华人民共和国破产法（试行）》，另一部是由第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议于2006年8月27日通过，自2007年6月1日起施行的《中华人民共和国企业破产法》。这两部破产法前后相差20年，第一部破产法产生于实行社会主义有计划的商品经济和经济体制改革初期，其目的是为了促进全民所有制企业自主经营，加强经济责任制和民主管理，改善经营状况，提高经济效益，保护债权人、债务人的合法权益。而第二部破产法诞生于中国社会主义市场经济已经具备一定规模的时期，其目的是为了规范企业破产程序，公平清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序。因此，二者在立法宗旨、目的、适用范围和具体制度等各个方面均存在着质的不同。为了这部体现当代中国经济发展新特征的新法的出台，20年来，中国的法学者们付出了极大的劳动，取得了丰硕的研究成果，为新破产法的出台贡献出了自己的力量和智慧。例如，在破产法的立法宗旨、调整范畴、破产管理人制度、公司重整制度、企业法人的认定、破产撤消行为的认

定、破产企业职工权益的保护、消费者破产制度、债权人会议制度、企业破产的税收问题、破产程序、劳动债权与担保债权的关系、政府在破产企业破产中的作用等各个方面均进行了深入、细致、颇有成效的调查、研究，提出了许多切实可行的方案和立法建议，有效地促进了中国破产法理论的研究，有力地保障了新破产法的出台，为中国市场经济秩序的建立与巩固立下了汗马功劳。

（七）关于商人团体的建立与完善

商会和行业协会等商人团体在中国已有百年以上的历史，而最早的商会立法是1904年清政府制定的《奏定商会简明章程》。中国目前的商会组织类型很多，分为有着浓厚的“官方”色彩的商会和所谓“民间商会”。而关于商会和行业协会的立法却几乎是空白。因而，从20世纪80年代起许多学者就提出了构建我国商会制度和行业协会制度的思考和建议。他们在商会人团体的性质、法律地位、功能、法律主体，以及外国商会立法中国商会的发展历史、中国当前的商会及行业协会的状况等方面进行了深入的调查、研究，明确提出：自治是商人团体制度的灵魂，贯穿于商人团体设立、运行和治理及退出的各个制度层面，也应该成为商人团体立法的最高指导原则和制度建设的重心。[注]并且提出，从与政府的关系上商会可分为国际商会、行业商会和民间商会，从业务上可分为专业性行业商会和跨行业综合性商会。建议制定一部专门的商会法，其立法模式采总则—分则模式。[注]这些研究为商会和行业协会的立法准备了充实的理论基础和条件。

此外，中国的商法学者还对公司法人人格、一人公司、国有独资公司、票据的抗辩、提单的性质、海商法的基础理论和制度等许多理论和实践问题进行了广泛而深入的研究，取得了丰硕的成果，大大丰富了我国商法学的内涵，将我国商法学的研究在有限的时间内提升到了一个相当高的程度，其中有的研究已经接近国际同类研究水平，1992年《海商

法》的制定，以及《证券法》、《公司法》、《破产法》等重要商事法律的制定及修订，就已经充分证明了这一点。没有对上述基础理论问题的深入的调查研究，就不可能有像《海商法》等这样高质量的商事立法的出台。《海商法》是目前我国颁布的商事立法中唯一一部没有修订过的法律，也是国内外公认的比较成功的一部商事立法。

但是，必须看到，在一片繁荣的背后，我国的商法学研究仍然存在着一些不容忽视的问题，主要表现在：

1．在研究方法上，缺乏对商法多角度、多维度的考察与审视，仅仅以具体制度研究为主，对于中国目前商业发展和商事行为的具体实践，关注得很不够，甚至有“贵族化”的倾向，很多学者把主要精力放在了对于外国商事制度的研究与比较，而忽略了对中国本土的研究和了解，因而，加强商法社会学研究，更多地吸收哲学、社会学、经济学、历史学和民法、经济法等相关学科的研究成果，吸收商业习惯，找出适合中国国情的商法发展道路，构建起一个具有中国特色的，更为科学、合理、务实的商法理论和法律体系，乃中国商法学者应当努力的方向。

2．在研究力量的分布上存在不均匀与不平衡的现象。学者们大多关注公司法、证券法等具体制度的研究，而对商法基础理论、票据法、保险法、金融法、商事登记、商事组织及其他商事领域的研究，则显得过于薄弱，有的学者对此甚至表现出不屑一顾的态度，这恐怕与利益驱使不无关系，也反映出学界研究触角的不敏锐与滞后。商法学者应当加大对基础理论和中国国情的研究力度，把中国的商法研究推向一个更高的阶段。

3．对一些领域的研究缺乏深度，比如，对于中国固有的商事制度和商业习惯，以及保险法、货币金融法等领域，应当进行比较深入、细致的研究，从中挖掘出一些能够为当前的商事立法、商事实践和理论研究提供有益的、可资借鉴的东西来。

三十年来，中国商法和商法学从无到有，从停滞到复兴，从复兴进入快速发展的曲折路程，与中国改革开放的路程是呈同向、平行发展趋

向的，随着我国经济的发展，中国商法及商法学的研究，也必定走向更加繁荣昌盛的明天。

（原载于【波】巴尔托什·渥依切霍夫斯基等主编：《在法律的复杂性与失序之间——全球化时代的法哲学》，中国人民大学出版社2010年1月第1版。）

---

1. 参见郑少华：《商法与经济法：市场经济发展的重要法律制度设计》，载《法商研究》1995年第3期。
2. 参见王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载《商事法论集》第1卷，法律出版社1997年版，第1页。
3. 参见沈国明、王立民主编：《二十世纪中国社会科学·法学卷》，上海人民出版社2005年9月第1版，第173页。
4. 参见江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，第57页。
5. 参见刘俊海、张新宝：《1996年中国法学研究回顾·商法学研究述评》，载《法学研究》1997年第1期。
6. 苗延波：《论商法的独立性》，载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第1期。
7. 参见徐学鹿：《商法学》，中国财政经济出版社1998年版。
8. 顾功耘主编：《商法教程》，上海人民出版社2001年版，第32页。
9. 李功国、朱沛智：《商事立法及其责任制度》，载《科技·经济·社会》1994年第4期。
10. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年版，第138页。
11. 苗延波：《商法通则立法研究》，知识产权出版社2008年4月第1版，第58页。
12. 参见赵旭东：《制定商法通则的五大理由》，载《中国法学会商法学研究会2007年年会参会论文集》，第55—60页。
13. 如苗延波在其专著《商法通则立法研究》一书中就公开发表了其独立起草的《中华人民共和国商法通则草案建议稿》。
14. 参见沈国明、王立民主编：《二十世纪中国社会科学·法学卷》，上海人民出版社2005年9月第1版，第175页的内容。
15. 参见冯果：《自治：商会法律制度的灵魂》，载《2007中国商法年刊——和谐社会构建中的商法建设》，北京大学出版社2008年5月第1版，第272页。

16. 参见陈雪娇、王继远：《我商会的法律地位初探》，载《2007中国商法年刊——和谐社会构建中的商法建设》，北京大学出版社2008年5月第1版，第279页。

论商法的独立性

传统上，商法作为私法之一部分而与作为公法的行政法、刑法、诉讼法等法律部门区分开来。但是，商法与民法、经济法、企业法之间的关系，却始终未能真正廓清。即便是在具有悠久商法传统并制定了形式意义上的商法的国家，这些问题也一直处于一种模糊认识或者说颇多争议的状态。而法律部门的划分是大陆法系国家法典编纂和法律体系建设中的一个非常重要的理论与实践问题。在对这些法律部门进行划分的过程中，商法的独立性问题，又一直是学界探讨的焦点问题。而欲探讨商法的独立性问题的关键乃是要廓清商法与其他相关法律部门之间的关系，而商法与其他相关法律部门之间的关系在大陆法系国家一贯受到较高的理论关注。中国无论是传统法律制度还是现实法律制度，在体系上均可归入大陆法系。因此，关于商法的独立性及其与其他法律部门之间划分的理论研究，对于建立我国商法体系，完善中国现行法律体系，对于有机协调不同法律部门之间的关系，都具有十分重要的意义。

一、商法与民法的关系

在中国，关于民法与商法之间的关系，或者说商法之于民法的独立性，同样存在许多争议。一般认为，商法的独立性包括两层含义，即商法学的独立性和商法部门的独立性。注关于商法学的独立性，法学界有着较为一致的观点。只有极少数学者认为，商法并非实际的部门法，只不过在不严格意义上使用“民商法”或“商法”的概念而已。注更有学者认

为，商法本身不可能组成部门法体系，而只能适用民法的一般原则，商法不可能形成自身的独立的总则，而只能适用民法的总则；民法的总则、物权制度、债权制度实际上已对商品经济活动的重要方面都作出了一般规定，对商事法规中的一些问题同样适用。因而得出结论：在制定民法典的同时另行制定商事法规，但不能也不必要单独制定商法典和商法总则。[注]但是，实际上关于商法是否具有部门法地位的问题，则从来都无定论。在今天再次讨论这个问题，我认为，不仅有利于中国民商事法律体系的进一步完善，更重要的是关系到商法的构建体系问题，该问题若得到澄清，其他那些所谓商法的立法模式、是否有必要制定统一商法典等问题也就应刃而解了。我认为，要澄清此问题，说到底就是要澄清商法与相关法律部门之间，尤其是民法与商法之间的关系问题。而这个问题，既属于历史问题，又属于新问题。所谓历史问题，主要是从它的论争史上讲，商法的独立性问题在中国已经争论了上百年历史了。有学者将商法独立性的论争历程概括为三个阶段：第一阶段是19世纪末叶，主要围绕民法和商法的历史沿革、立法技术、适用标准等问题展开；第二阶段是20世纪上半叶，主要对民法和商法进行原则和制度层面上的比较研究；第三阶段是20世纪下半叶，主要对民事与商事的不同特点和规律的探讨，从而揭示出商法原理不同于民法原理的根源。[注]所谓新问题是因为它直接决定了中国民商事立法的模式、走向和趋势，更有甚者可能决定中国商法的未来。

在中国，法学界一般认为，商法与民法之间的关系应当界定为特别法与一般法的关系。毫无疑问，无论怎样理解商法的独立性问题，商法与民法同属私法领域的两大基本范畴都是无可争议的。但是，如何看待二者在法律体系中的地位和相互关系，则是一个仍有待进一步探讨的问题。为了更充分地探讨该问题，我认为有必要对商法与民法之间的联系与区别作较为详尽的探讨。然而在探讨商法与民法之间的联系与区别之前，我认为，应当首先探讨一下商事与民事两个概念的联系与区别。

（一）商事与民事的联系与区别

1、商事与民事的联系

商事，顾名思义，是指商业上的事务，商业应当包括现代社会出现的一切与交易、服务、生产等领域相关的经济活动，其中既包括传统意义上的交换和流通，也应当包括当代社会中出现的大量的服务、生产类的经济活动。其涵盖的范围已经远远超过了传统的所谓以"直接媒介财货交易的行为"为核心的行为体系，而是以企业的组织、经营行为为核心的组织与行为的综合性体系结构。因而，其标的已经从传统的动产和有形财产，而发展为如今的不动产、无形财产、票据、有价证券、知识产权等等，都可以成为商的标的；其行为已经从买卖、代理、票据、运输、保险、海商等，发展为如今的诸如信托、证券交易、融资租赁、知识产权贸易等，都不同程度地可以成为商行为的一个部分；其主体已经从自然人为主，发展为除自然人以外的法人或非法人组织，而且，企业已成为最主要的商主体。此外，随着科学技术的发展，许多新兴行业信息产业与其他高新技术产业，都将不断地加入到商的范畴，从而使商的领域不断延伸，生物的基因、互联网上的信息、技术等等都可以成为商的标的。所以说，商事的范畴绝不是固定的和封闭的，其必将伴随着社会经济的发展而发展，发展性和超前性应该是商事范畴的最基本的特征。

民事，顾名思义，即指民间的或市民的事务，其内涵应当包括民间的或市民的一般性的、普遍的事务，它是以人（人生）为核心的事务。其主要应包括：（1）与人生有关的事务，如人格、人身等，具体来说，可以包括人的权利能力和行为能力，人的名誉，出生、死亡、失踪、住所等；（2）与人的家庭有关的事务，如家、亲属、婚姻、继承等；（3）与人的社会经济活动有关的事务，如债、契约、人对物的所有、支配、处分等。当然，随着社会的发展，其主体也发生着深刻的变化，除了自然人（人）以外，法人和非法人团体的权利能力和行为能力

等也成为了其重要的内容，而且一些与社会经济关系较为密切的事务也被纳入其中。

从上述内容可以看出，商事与民事之间的联系可谓千丝万缕，这种联系具体表现为：

（1）二者同属人们（民）私的事务，且相互依存。

无论是民事活动还是商事活动都与国家和公共行为有着截然不同的区别。二者都是以私人行为为核心内容，而且，二者有着共同调整的对象——与个人有关的财产或人身关系。在一定程度上，二者还有着相互依赖、相互补充的作用，民事行为决定人的基本权利和地位，而商事活动则体现这种权利和地位的价值，也就是说，二者共同构成人的全部的人生价值，缺少任何一个方面，其人生都不是完整的。如果仅仅只实现了民事价值而未实现商事价值，则其主体的人生价值就不是一个完整的，如果没有民事价值的实现，欲顺利地实现商事价值，也是不可能的。所以，二者互相依存，共同作用于人生。

（2）民事主体与商事主体的范畴有着共同性和不可分性。

民事主体与商事主体的范畴都包括了自然人（人）和法人及非法人团体，只不过从现代社会的发展看，企业已成为最主要的商事主体，而个人仍然是十分重要的民事主体，但是，从宏观上看，企业也同样被包含在民事主体之中，可以说，大民事主体中，既包含了私人主体，也包含了以企业为表现形式的商事主体，只是在实践中二者的侧重面不尽相同罢了。

（3）在二者所涉及的事务中，都包含了社会经济因素。

从现代社会看，无论是民事还是商事都包含了社会经济因素，二者有时还是互相交错、难以区分的。如民事中的买卖、契约、担保行为，既体现了民事的特征，也体现了商事的特征，很难从实践中加以区分和甄别。因此，社会经济因素是二者俱备共同的内涵。

2、商事与民事的区别

（1）价值取向不同

商事与民事同样属于私的范畴，但是两者的价值取向存在着较大的差异性。其最具代表性的差异表现在，民事最基本的价值取向是公平、和谐，即公平优先兼顾效益与其他；而商事最基本的价值取向是效益，其基本要求是效益优先兼顾公平与其他。换句话说，商事活动追求的是经济效益，而民事活动追求的则是一种平等、和谐。也就是说，民事活动追求静态的和谐，而商事活动则追求的是动态的获取，商事与民事价值取向上的差异，既说明商事与民事具有不同的目的和追求，更说明商事与民事具有不同的作用与存在价值。

（2）后果不同

由于民事活动追求静态的和谐，而商事活动则追求的是动态的获取，因此，商事活动的手段则很可能导致不和谐的因素，甚至会引发纠纷和矛盾，但这并不是说民事活动就不产生纠纷和矛盾，而是说商事活动产生纠纷和矛盾可能性要大于民事活动，因为，商事活动追求利益的本性，决定了其采取的手段可能要比民事活动来的更激烈。因而，二者所发生的后果就可能不一样。

（3）主体范围不同

民事主体具有适用主体广泛性的特点，可以适用于一切社会公众。商事主体则具有适用主体限定性的特点，仅适用于商主体。当某一主体经过办理相关手续成为或成立商主体后，因其营利性的营业行为的要求，其所表现出来的社会关系已不能为民事关系所涵盖；相反，由于商事活动乃基于商主体及商行为的特性而制定，因而也不能涵盖一般民事主体之间发生的社会关系。

（4）关注对象不同

民事行为一般所体现的是平等主体之间的财产关系与人身关系，其

所关注的是民事主体之间的地位的平等和利益的平衡，其立足点不在于维护民事主体的营利行为或其盈利，公平是其首要原则。商事行为则是营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事关系，其所关注的是商主体的营利追求，效益或营利是其首要原则。民事关系既包括财产关系又包括人身关系，在关注对象上具有复合性；尽管也有人认为商事关系包括商事财产关系与商事人身关系，但从实质上讲，商事人身关系根本不同于民事之人身关系，其乃依附于商主体人格之具有直接财产内容的广义上的财产关系，因而商事关系均可归入财产关系范畴，具有关注对象的单一性。

（二）商法与民法的联系与区别

1、商法与民法的联系

国内外法学界一般认为，民法乃调整商品经济一般关系的法律，对商品经济关系的调整提供了一般规则，但其也只是提供了一般规则。对于主要表现为商事法律关系的市场经济关系中的复杂形态，则必须依赖于商法调整，由商法提供具体规则或特殊规则。商法与民法之间的联系可以概括为以下几个方面：

（1）民法与商法同属私法范畴，乃调整民商事行为的法律

如前所述，民事与商事二者同属人们（民）私的事务，且相互依存。因而，它们在法律调整中形成的法律关系，人们习惯性地将其联系在一起，合称为民商事法律关系或民商事关系。只不过，民法作为私法领域之一般法或“基本法”，属于抽象化的法律表现；而商法作为私法领域就特殊的商事法律关系作出具体或特殊规定的特别法，属于具体化的法律表现，因而其行为性质存在着一定的区别。但是，广义的法律行为则必须依赖于民法与商法的共同调整，缺少了民法，商事法律行为的调整将缺少一般规则；缺少了商法，属于一般规定的民法将对特殊的或具

体的商事交易中的法律行为即商行为无能为力。因此，民商事法律行为的调整需要民法与商法的密切配合，二者同样是一种相互依存的关系。

（2）民法的主体制度可以作为对于商品经济活动主体资格的一般性规定

任何个人和经济组织，不管是否从事营利性经济活动，其法律地位的最终确定都是由民法上的主体制度来完成的。商法上的主体制度即商主体制度实际上只不过是民事主体制度的具体化而已，或者乃民事主体特殊类型的特殊制度设计。具体到具体的商主体类型，如公司制度无非民法中法人制度的一种最典型形式，合伙企业制度无非民法中合伙制度的典型或高级形态而已。

（3）民法的物权制度和债权制度是对从事商品经济活动的正常条件和关于流通领域中的商品交换活动的一般规定，商法中的物权制度和债权制度则是对商事交易中物权制度作出的补充规定，其适用必须以民法物权制度和债权制度为前提

譬如，在中国，尽管尚未确立商事物权概念及其抽象制度，但一些具体商事物权制度均须依赖于民法物权制度的一般规定始得适用。譬如，对公司的财产权的确认、行使，股票的发行与股票权利的行使，对作为商品所有权凭证的票据的保护、对财产的投保与保险金的支付、破产后财产的清算等等，都要适用民法中物权制度的一般规定。

又譬如，在中国，尽管尚未确立商行为概念及其抽象制度，但具体的商事债权制度均须依赖于民法债权制度的一般规定，始得适用。票据制度不过是债权制度的特殊表现形式而已。票据权利的设定、移转、保证以及付款与承兑等，都属于债权制度的具体化。同样，商法中的保险制度也是债权制度的具体发展，保险合同是民法中典型的格式合同。保险法中的投保、承保、保险的理赔与索赔、海损的理算与补偿等等，都要适用民法中关于债的一般规定。

（4）商法中的许多制度是以民法制度为前提设立的

例如，商法的短期时效制度的规定，是民法诉讼时效制度的补充与变更，其适用必须以民法诉讼时效制度的一般规定为前提或基础。再如，商法中的代理制度虽系特殊规定，但其适用仍须以民法代理制度的一般规定为其前提或基础。此外，民法中的民事责任制度也可以适用于一切商事法律关系之中。有些民法基本原则如诚实信用原则、私法自治原则、公平原则等亦属商法基本原则。在诉讼制度上，除法国等少数国家设有专门的商事法庭之外，商事诉讼与民事诉讼基本上属于同一诉讼制度。

2、商法与民法的区别

（1）立法价值取向不同

价值取向主要涉及价值界定、价值判断和价值选择等问题。如前所述，民事最基本的价值取向是公平、和谐，即公平优先兼顾效益与其他；而商事最基本的价值取向是效益，其基本要求是效益优先兼顾公平与其他。因此，商法与民法同样作为私法，虽然也具有诸如诚实信用、公平、效益、平等等相同的基本价值取向，但是基于调整对象上的差异，两者的价值取向还是存在着较大的差异性。民法最基本的价值取向是公平，当公平与其他民法原则发生冲突或矛盾时民法的首要任务就是维护公平，即公平优先兼顾效益与其他；而商法最基本的价值取向是效益，其基本要求是效益优先兼顾公平与其他。商法与民法价值取向上的差异，既说明商法与民法具有不同的目的和追求，更说明商法与民法具有不同的作用与存在价值。

（2）调整对象不同

民法调整的是平等主体之间的财产关系与人身关系，其所关注的是民事主体之间的法律地位的平等和利益的平衡，其立足点不在于维护民事主体的营利行为或其盈利，公平是其首要原则。而商法调整的则是营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事法律关系，其所关注

的商主体的营利追求，效益或营利是其首要原则。民事法律关系既包括财产关系又包括人身关系，在调整对象上具有复合性；而商事法律关系尽管也包括商事财产关系与商事人身关系，但从实质上讲，商事人身关系根本不同于民法之人身关系，其乃依附于商主体法律人格之具有直接财产内容的广义上的财产关系，因而商事法律关系均可归入财产关系范畴，具有调整对象的单一性。

（3）主体范围不同

民事主体具有适用主体广泛性的特点，可以适用于一切社会公众。商法则具有适用主体限定性的特点，仅适用于商主体。当某一主体经过办理相关手续成为或成立商主体后，因其营利性营业行为的要求，其法律关系已不能为民法所完全调整；相反，由于商法乃基于商主体及商行为的特性而制定，因而也不能调整一般民事主体之间发生的法律关系。

（4）法律责任制度不同

民法一般实行过错责任原则。商法除过错责任原则外，还大量适用无过错责任原则，且其法律责任较为严格，如对于民事债务，一般不承担刑事责任；对于商事债务，其情节严重者还往往要承担刑事责任。

（5）性质与特征不同

民法纯属私法；商法则除具有私法属性外，还兼具公法属性。民法一般属于国内法，具有固有法属性，不具有国际性；商法则具有国际趋同性，并且广义的商法除国内商法之外，还有国际商法存在。因而，国内立法者在制定商法时，除了要关注国内的法律及习惯外，更要关注国际商法的发展趋势与规则，否则，其商事立法难以在日益增多的国际商业交往中保护本国的利益，甚至会成为促进国际商业间商贸交往的障碍。

（三）关于商法是否是民法特别法问题的探讨

1、特别法概念考察

从法理学上讲，根据调整范围的不同，法律可以划分为一般法与特别法。一般法是指对一般人、一般事，或者在不特别限定的地区和期间内适用的法律。特别法是对特定的人群和事项，或者在特定的地区、时间内适用的法律。一般法与特别法是相对而言的。例如，相对于《中华人民共和国宪法》而言，《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》都是特别法；相对于《民法通则》而言，《合同法》是特别法。可见，一般来说，一般法的位阶要高于特别法的位阶，一般法的范畴包含了特别法的范畴，而特别法又被包含于一般法之中。此乃一般法与特别法之间的辨证关系。特别法又可以称为特别规定，一般法又可以称为一般规定。

一般法与特别法的划分，对于国家立法和司法活动具有实际的指导意义。从立法方面来讲，基于法律的统一性和原则性，或者在法律的初创阶段，立法活动侧重于较原则和抽象的一般法的制定。但随着法治水平的提高，同时也为了更好地贯彻立法者的意图，就需要因时、因事、因人制定更为具体、更具有实用性的特别法。如中国在民事法律体系创立之初便制定了一部起民法总则作用的《民法通则》，它相对于以后制定的《合同法》、《担保法》、《物权法》等规范具体民事法律行为的法律来说，是一般法，而《合同法》、《担保法》、《物权法》等则相对于《民法通则》来说，则又是特别法。可见，在立法活动中，一般法所规定的基本法律原则和制度，应当必然成为制定特别法的依据及原则。特别法与一般法的划分一般发生在性质相同，或者调整范围有重叠的法律规范之间。从法律适用的角度看，一般法和特别法的分类，为我们提供了"特别法优于一般法"的法律适用原则。该原则的基本含义是：当同一主体在某一个领域里既制定有一般法，又制定有不同于一般法的特别法律时，特别法的效力适用效力高于一般法。但该原则仅适用于同一主体制定的法律，对于不同主体制定的法律，首先应根据宪法至上原则和等级序列原则确定其效力。[注]

综上所述，一般法与特别法是相对而言的。它们共同存在于具有同一调整范围的法律之间的关系中。若从法律调整范围上看，一般法的调整范围往往要大于特别法的调整范围。若从法律位阶上看，一般法的法律位阶往往要高于特别法的法律位阶。若从法律适用上看，特别法的适用效力要高于一般法的适用效力，但前提必须是该原则仅适用于同一主体制定的法律。

在普通法与特别法的关系上，大陆法系国家通常适用两项原则：（1）普通法的内容和原则为特别法的立法基础，违反基本法律的特别法规可经违宪诉讼程序废止。（2）经合法程序制定的特别法在适用上具有优先于普通法的效力。

2、民法特别法的含义

所谓民法特别法，是指一国范围内对部分特殊民事主体或特殊民事关系适用的民事单行法律。其基本特征是：（1）适用于一国范围内的部分特殊民事主体或特殊的民法关系；（2）调整平等主体间的特殊民事关系；（3）一般其表现形式是民事单行法。所谓民法一般法乃民事特别法的对称，系一国范围内对各类民事主体和一般民事关系普遍适用的民事基本法律。其不同于民法特别法的特征在于：（1）在一国范围内普遍适用；（2）适用于各类民事主体，而非某些特殊主体；（3）调整平等主体间的一般民事关系，而非某些特殊事项。由此，民法典为民法一般法，而土地法、继承法、版权法等单行民事法规为民法特别法；在全国范围内适用的基本民事法律为一般法，而区域性民事法规为基本民事法律的特别法。

3、不宜轻言商法是民法的特别法

从上述有关民法特别法和民事一般法的基本含义中可以得出这样的结论，即：民法一般法与民法特别法的关系是相对而言的，它们共同存

在于调整民事行为的民事法律之间的关系中；若从法律调整范围上看，民法一般法的调整范围往往要大于民法特别法的调整范围；若从法律位阶上看，民法一般法的法律位阶往往要高于民法特别法的法律位阶；若从法律适用上看，民事特别法的适用效力要高于民事一般法的适用效力，但其前提必须是该原则仅适用于同一立法主体制定的法律。

基于上述对于民法特别法和民法一般法的关系的论述，笔者认为，不宜轻言商法是民法的特别法。理由如下：

（1）从法律位阶上看，如果承认民法是一般法，商法是民法的特别法，而根据民法一般法与民法特别法的理论，民法一般法的法律位阶往往要高于民法特别法的法律位阶，也就是说，民法一般法的法律位阶要高于商法的法律位阶。而民法一般法是由全国人民代表大会通过的，如《民法通则》，于是，作为民法特别法的所有商事法律就只能由全国人大常委会通过，但是根据前文所述的"特别法优于一般法"的法律适用原则的基本含义："当同一主体在某一个领域里既制定有一般法，又制定有不同于一般法的特别法律时，特别法的效力适用效力高于一般法，但该原则仅适用于同一主体制定的法律，对于不同主体制定的法律，首先应根据宪法至上原则和等级序列原则确定其效力"的要求，要适用"特别法优于一般法"的原则，这里的特别法与一般法必须是适用于同一主体制定的法律，而民法一般法是由全国人大制定的，而作为民法特别法的商法则只能由全国人大常委会制定，因为，民法一般法的法律位阶要高于作为民法特别法（商法）的法律位阶，而根据中国现行法律位阶的理论：宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章均不得同宪法相抵触；法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章，其中基本法律的效力又高于基本法律以外的法律，而基本法律是由全国人大制定的，普通法律则是由全国人大常委会制定的，这里的基本法律就是指民法一般法，而普通法则是指作为民法特别法的商法。可见，二者的制定主体不是同一主体。因此，作为民法特别法的商法与民法一般法之间就不能适用所谓"特别法优于一般法"的原则。如果这个命题成立，在民法一般法与商法之间就不存在适

用上的关系问题，也就失去了将商法作为民法特别法的任何现实意义。换句话说，在法律适用上，民法一般法与商法之间也就不存在所谓商法的适用效力高于民法一般法的效力的问题了，而在此前提下若仍然坚持所谓的“商法是民法的特别法”的这样一个命题，其结果就会导致民法一般法的规范与商法规范混合适用的问题，即对于同一个法律事实，既可以适用民法一般法的规范，也可以适用商法的规范。这样导致的另一个结果就是法律适用上的混乱性和商法的虚无性，这且将严重损害国家法治的统一和法律体系的健全，对国家的法制建设是十分有害的，也会严重损害国家经济的发展。

（2）从商法与民法之间的关系看，商法是相对独立于民法，且又是完全地独立于其他部门法的一个独立的法律部门，这里的“相对独立于民法”，从法律适用的层面上讲，也只仅仅是指民法总则部分所规定的民法的基本原则和法人制度、代理制度、民事法律行为等基本法律制度，以及属于民法范畴的《合同法》、《担保法》等民事单行法律可在商法中的适用问题，而与商法自身的体例、固有的原则、制度毫无关系。以经济法和劳动法为例，经济法和劳动法中的一些制度和原则最早不也是来自于民法吗？至今诸如民法的平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则和公序良俗原则以及法人制度、财产所有权制度、财产共有制度、债、民事责任等，同样适用于经济法和劳动法之中。我们不能因为经济法和劳动法中包含了一些民法的内容，就断言它们也是民法的特别法吧？！况且，商法与民法之间还存在着诸多的不同特征和区别。

所以，笔者认为，不宜轻言商法是民法的特别法，而是要重新思考和研究这个问题。以上我对此问题谈了一些个人的观点，可能不够全面。但是，这是我经过认真思考以后提出的一个严肃的、值得深思的问题。

（四）商法与民法关系的结论

从上述分析中我们至少可以得出一个结论，即：商法是相对地独立于民法的一个独立的部门法。商法有着属于自己的、不同于民法的立法价值取向、调整对象、主体范围、性质与特征，因此，它与民法虽同属于私法领域，但其自身却具有独特的法律调整对象——营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事法律关系，因而，它完全有资格成为一个独立的法律部门。[注]但是，鉴于民法与商法又有着诸如同属私法范畴，民法的主体制度可以作为对于商品经济活动主体资格的一般性规定，商法中的许多制度是以民法制度为前提设立的等共通性，因此，在“独立于民法”之前还应当加上一个“相对”二字，这里的“相对”有比较的意思，也就是说，这仅仅是相对于民法而言，而不包括与其他部门法相比。但对这个“相对”还要做限制性解释，那就是：这里不存在一个谁吃掉谁、谁属于谁的问题，更不存在所谓谁可以代替谁的问题。在今天的市场经济社会中，民法与商法应该在共同依存、共同发展的前提下，在立法和实践中各自应具有各自的独立性，尤其是在立法中，其应当有着独立的法律体系，其中包括独立的规则体系、独立的适用范围、独立的责任体系和独立的理论框架，那种认为商法不能独立存在，而应当依附于某一个或几个法律的观点是站不住脚的，这显然是受到了计划经济时代轻商思想的影响，既不利于市场经济的发展，更容易回到过去轻商的老路上去。持商法不能独立的观点的一个重要理由，就是认为民法与商法有着一些共通的法律制度和原则。但是，也应当看到，在这些共通的制度和原则背后，商法其所特有的诸如促进交易便捷原则、商主体法定原则等，却又是民法所不具备的。

商法的发展与商业的发达有着密切的关系。一个国家的强盛与否，与其商业的发达程度是密不可分的。这可以从世界历史上各大国崛起的历程中得到注脚。而商业的繁荣与发达既要依靠国家的经济政策，更需要完备的法律体系的促进和保护。而在这法律体系中，仅有以对社会经济活动的权利体系进行静态形式的确认的民法是远远不够的，能够迅速反映和调整营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事法律关系的商法，则是促使社会经济发展，保护商主体的利益及其商行为的基

本法律体系，也是商法义不容辞的神圣职责。

但是，为了称呼上的方便和尊重传统的习惯，在称呼上仍然可以以“民商法”共称，因为它们毕竟有着一些共通的地方。只是在立法和实践中应当将它们视为一个各自独立的法律部门来看待。

二、商法与经济法的关系

不论在传统的社会主义国家，还是在现代西方国家，经济法的发展已成为影响商法独立性的一大障碍。正如学者所言：“自经济法的出现，商事法与经济法的立法体制，便成为各国学者研讨之新课题。有以经济法为规范各种职业阶层之经济生活特别关系的总称，其中包括商事法；有以经济法为促进民商合一而代替商法的总名称；有以经济法之勃兴，是公法的商法化之结果，商事法仍应存在，各说纷纭，迄今尚无定论。”[注]

经济法的概念一直存在着广义和狭义的解释。在广义上，经济法曾被认为是调整社会全部经济关系的法律规范的总称，既调整经济组织关系，又调整经济交易关系；既调整平等主体之间的横向民事关系，又调整不平等主体之间的纵向服从性行政关系；既调整国内经济关系，也调整涉外和国际经济关系；既调整宏观经济关系，也调整微观经济关系。由于该广义论的影响，在中国八十年代，曾经爆发过一场关于是否将民法纳入经济法范畴的大论战，论战的结果，虽然民法保持了其应有的尊严和地位，但是，按照这一理论观点，商法仍然被看作是经济法的一个部分，为经济法所兼容。近年来，随着广义经济法理论的日益贫弱和商法独立性的不断提高，这一观点越来越多地遭到批判之后，现在已经极少有人再坚持此主张了。根据狭义论，经济法是以“反不正当竞争法”、“反垄断法”、“国家宏观调控法”、“国家参与法”为中心，体现国家

权力对经济交易行为予以干预的法律规范的总称。按照这种观点，经济法是伴随着现代经济的发达，需要借助于国家手段对经济活动予以干预，为弥补传统商法之不足而产生的一个新的法律部门。在现代市场经济中经济法起着对传统商法补充的作用。因此可以说，经济法的产生和发展与国家对社会经济生活的干预日益加强密不可分。在第一次世界大战时期，经济法之所以得到较大发展，正是国家对经济生活大规模干预的结果。但是，国家对经济生活的干预毕竟有一定的范围与限度，纯粹市场交易主体之间的商事交易关系仍须由商法调整，从而使经济法与商法之间产生较多的关联，这种关联与商法独立性问题与构建科学的商法体系同样有着密切的联系，因此，需要具体分析以明确各自适用范围。

（一）商法与经济法的联系

1、商法与经济法相互补充

如上所述，经济法有广义和狭义之分，狭义的经济法不包括商法，广义的经济法则包含了商法的主要内容，实际上否认了商法的独立性。依照广义的经济法理论，商法规范基本上可归入经济法范畴，两者之间当然存在着极为密切的联系。就狭义的经济法理论而言，调整市场交易关系的商法也理所当然地需要经济法的配合，缺少了经济法规范，商法规范的效力将大打折扣。比如，在市场交易过程中，固然需要商法的一般调整，但在市场竞争中如果缺少了诸如反不正当竞争法、反垄断法等调整，市场秩序势必难以维持。所以二者有相互的补充作用，共同承担维护市场正常秩序的重任。若离开商法的调整，市场将缺少具体的商事规则，会使商事活动处于无序状态；若离开经济法的调整，市场的正常秩序会因商事主体间的不正当竞争和垄断行为，而变得血雨腥风，严重危害社会成员和国家的根本利益。因此，只有二者的相互配合与共同作用，才能使得社会经济秩序井然有条，稳健发展。另外，西方国家有学者认为，经济法是更新商法的一条途径，把刑法、社会法及其他公法中

与经济活动有关的规则都融合于商法中，才能使商法不断地更新与发展。另一种观点是旨在保留传统商法体系的基本部分，并使之成为经济法的核心内容。这种观点受到当代大多数欧洲法学家的赞赏。㊟这两种观点，都表明商法与经济法具有极为密切的联系。

2、商法与经济法的调整对象都属于经济关系

商法的调整对象是商事财产关系，经济法所调整的是在国家协调经济运行过程中发生的经济关系，二者的调整对象，从本质上讲两者都属于市场交易关系范畴，都属于经济关系，只不过前者主要发生于平等主体之间，而后者则主要发生于不平等主体之间。但是，无论如何，二者的调整对象都属于经济关系，这也是商法与经济法的主要的联系与相通之处，是我们研究二者关系的出发点之一。

（二）商法与经济法的区别

1、调整对象不同

商法主要调整平等主体之间的市场交易活动，对行政机关的调整也主要局限于商事管理机关的商事管理行为。经济法则不仅调整经济活动的主体即经营主体的行为，而且调整国家及其代表机构，如权力机关和行政机关参与经济活动或运用国家权力干预经济活动的行为。

2、遵循的原则不同

商法注重维持私法中传统的“意思自治原则”，经济法则信守“国家干预原则”。虽然，商法中也包含了政府干预的内容，但是商法规范中政府干预的目的是对市场失灵的预防，而经济法规范中政府干预的目的

是对市场失灵的补救和治理。因此，二者在遵循的原则上存在着明显的不同。

3、法律属性不同

商法兼具公法与私法的二元属性，但从本质上讲，商法是以平等主体为本位的私法，其以任意性规范为主。而经济法则是以国家为本位的公法，以强制性规范为主。特别是反映在反垄断法和反不正当竞争法方面的规范，主要反映出来的是其公法性，因为，只有公法性的法律规范，才能达到对经济的强制性的调整作用。而这也正是经济法与其他与经济相关的部门法的本质区别，当然也包括其与商法的区别。

4、调整方法不同

一般来说，市场交易中商主体之间即使存在权利义务上的不平衡性，只要其出于商主体的自主意思，国家即不予干预。但是，如果市场交易主体为达到其牟取超额市场利润的目的而结成诸如价格同盟等各种同盟，尽管这一切皆出于各方自愿，由于其破坏了正常的市场秩序，国家也必须主动干预。这就决定了商法主要是靠调整商事主体之间的平衡利益关系的商事规范来达到维护市场交易的秩序，而经济法则主要是依靠调整不平等市场主体间的经济法规范来调控市场经济。其采取的方法明显不同，商法的调整方法一般是依照“意思自治原则”当事人地位平等的自我调节机制，采取签定商事合同、委托经营、信托管理等方式，而经济法的调整方法则依照“国家干预原则”，国家以全社会的名义为国民经济整体进行调节，采取兼并、关闭、税收、罚款等方式。可见，二者在调整方式上是不同的。

5、追求的利益不同

商法侧重保护个体，即商事主体的合法利益；后者则侧重维护社会整体利益，旨在建立公平的竞争秩序，为所有商事主体创造平等进入市场和公平竞争的条件。

6、法律体系不同

在法律体系构成上，商法以商主体、商行为、商事登记、商业账簿、公司法、票据法、证券法、保险法、海商法等为内容；经济法则以价格、金融、税收、投资、公平交易、反垄断、贸易管制等规范为内容。

（三）商法与经济法关系的结论

从时间顺序上看，民法、商法、经济法是相继出现的。对于市场交易关系由于仅仅通过提供商品经济关系一般规则的民法难以有效调整，因而商法应运而生。而经济法的形成，则是对商法强调商主体的营利性和商行为自由、安全、便捷的个体倾向而不可避免地走向垄断、不正当竞争、滥用权利从而造成整体不平衡的纠正。也有学者认为，由于民商事法律关系法律保护成本逐步增大，从而产生了对经济法的生成渴求。总之，对经济活动的法律调整，是由于经济活动从个体性而社会化、从私益性而公序化、从局部活跃到整体平衡的发展过程，从而使法律调整呈现多元化并趋于完整性。因此，可以说商法是经济活动中的基础性、前置性法律；经济法是经济活动中的平衡性、后续性法律。[注]

从法律本身的制度价值来说，商法与经济法都是市场经济条件下的重要法律。商法通过对商主体与商行为的规范和保护，丰富并活跃了市场投资与市场交易活动。经济法则系国家干预经济活动的体现，其主要功能在于防范并弥补市场机制的缺陷与商法之不足，纠正完全自由竞争所产生的垄断与不正当竞争行为以及资源的非理性耗用。因此两者具有

很强的互补性。对于市场经济来说，缺少商法则市场交易难以活跃，缺少经济法则市场机制不可能完善，两者可谓相辅相成，不可或缺。

我国是在商法不发达甚至刚刚起步的情况下发展经济法的。我国在实行市场经济体制之后，尤其是在加入WTO之后，各种与市场经济体制要求相适应的改革日益深入，即使是国有企业或国有独资或国有控股公司的经营活动，其与政府以社会公共经济管理者的名义实施的管理已经明显分离。因此，与此相适应，商法必须得到独立发展，而不能混淆于甚至依附于经济法之中。因此，相对于经济法来说，商法是完全独立的部门法。

三、商法与企业法的关系

（一）企业法的概念

在立法体例上，世界上没有一个国家曾经制定过一部统一的名为“企业法”的法律，甚至有的国家和地区的立法和实践中“企业法”这一术语也不存在。因此，在全球范围内，我们不可能像刑法、民法那样对企业法界定出一个一般适用的标准含义。在西方国家，关于企业的立法实际上都是关于商主体的立法。譬如，德国除在《德国商法典》中对公司制度作出了规定外，还制定了1892年《有限责任公司法》以及1937年《股份法》等企业法；日本也在《日本商法典》之外于1938年颁布了《有限公司法》，此外日本还颁布了大量关于扶持中小企业的产业政策性法律。因此，由于立法上的差异，要概括出一个具有普遍意义的企业法概念确实不可能。中国法学界则试图将企业法作为一个法律部门来研究，因而许多人都努力对企业法作出界定。大体上有以下三种代表性观点：第一种观点认为，企业法是规定企业的法律地位及调整其内外部组

织关系的法。它以企业这种组织或主体为规范对象，规定及调整企业的设立、变更、终止、企业的法律地位和能力、企业的资本、出资者相互之间及其与企业的关系、企业的内部组织机构、企业与其他组织间的控制与被控制关系等。第二种观点认为，企业法是调整企业在设立、组织、活动、终止过程中发生的社会关系的法律规范的总称。并认为企业法是由调整有关企业的特定社会关系的全部法律规范组成的，不能简单地将企业法理解为某一部企业法律、法规或其总和，应从实质意义上去理解，因为形式意义上的企业法可以说并不存在。第三种观点认为，企业法是关于企业的设立、组织形式、管理与运行等方面的法律规范的总称。在对企业法作出一般定义的同时，该学者并未对企业法的基本特征与外延作出具体界定。

可见，不论中国学者对于企业法的概念如何描述，其中对于企业法的调整对象，即企业法是调整企业在设立、组织、管理、活动、终止过程中发生的社会关系这一结论都没有反对意见，因此，我认为，企业法的概念可以归纳为：关于企业的设立、组织形式、内部管理、运行、变更、终止等方面的法律规范的总称。其本质属于商事主体法的范畴。

（二）商法与企业法的关系

在关于商法与企业法的相互关系的研究中，主要有以下几种观点：（1）认为商法应转化为企业法[注]；（2）反对用企业法代替商法，因为商法适用范围并不仅仅限于企业；（3）认为商法的调整对象就是企业，商法就是调整企业内部关系及外部关系的基本法，因此商法即企业法[注]；（4）认为商法与企业法调整的对象与各自的宗旨均不相同。尤其是公司法与商法更不属于同一范畴，更不能融为一体，依此商法中不应包括公司法；（5）企业的概念作为其分析的基础，认为商法与民法共同构成了企业法的基本法。该说承认企业法与商法之间存在着密切的联系，但不认为企业法包含于商法或等同于商法，而认为企业法包含商

法，系商法的上位概念；（6）企业法实际上是商法，是商法在现代的别称，是以传统的商法为其历史渊源的。但是，它又不同于传统商法，它超越了个人主义和商业自由的界限，吸收了劳动法和公法的调整手段和原则，补充变更了民法的一些规定，确立了关于企业的特殊制度，成为调整企业关系的特别法；（7）商事法就是关于商事主体和商事交易的法律规范的总称。商事主体，指所有从事商品生产和经营的个体和企业。商事主体对外的营利性经营行为即为商事交易。由于在现实经济生活中，企业是商事主体的主要部分，商事交易也主要就是企业的经营行为。因此，商事法主要就是由企业组织法和企业行为法构成。

上述各观点应当说均有其合理性。但是，就中国而言，一般来说，商主体均可归入企业范畴，商法实乃以调整企业组织及其对内对外关系为其主要目的的法律。在中国，尽管已经制定了全民所有制、集体所有制、中外合资、中外合作、外商独资等不同所有制形式的企业以“企业法”命名的企业法，并在理论上将其与公司法、合伙企业法与个人独资企业法合称为“企业法”，但是这些法律并不是企业法的全部，而只是企业组织法。除此之外，企业行为则要受到诸如证券法、保险法、票据法、海商法以及民法一般规定的调整。但是，很明显，这些调整企业行为的法律规范，同时还调整一般民事主体，并非纯粹意义上的企业行为法。然而从性质上讲，除民法一般规定外，这些法律均可归入商法范畴。因此，从这个意义上说，商法与企业法之间存在着交叉关系。具体来说，商法主要调整企业关系但又不限于企业关系，一般民事主体及特殊类型的拟制商主体的行为亦属商法的调整对象；企业法也是主要由商法规定但又不限于商法规定，同时还包括民法一般规范以及竞争法等经济法中的相关规范。这一结论是建立在最广义的企业法基础上的，其范围涉及商法、经济法、民法等多个领域。但是，这一界定方法势必会与我国法学界几乎约定俗成的关于企业法的界定发生冲突，并在实践上容易引起企业法认识上的混乱。依此而言，企业法实际上就是商主体法或者说企业法被涵括于商主体法之中。这样，商法与企业法之间的关系就变得非常清晰了，即企业法作为商主体法，乃商法的重要组成部分。它

既不能独立于商法，更不可能涵盖商法的全部内容，因为，作为完整概念上的商法，除了包括商主体法外，还包括商行为法，如票据法、保险法、海商法、证券法等等。

结论

在对商法与其他相关部门法的相互关系进行了一番梳理之后，我们应当将中国商法定位为：中国商法是完全独立于经济法、刑法、诉讼法、劳动法、行政法等其他部门法，而仅相对地独立于民法的部门法。因此，在立法中应当具有其独立的地位和体系。

（原载于《河南省政法管理干部学院学报》2008年第1期）

---

1. 参见刘凯湘：《论商法的性质、论据与特征》，载《现代法学》1997年第5期。
2. 参见史际春：《社会主义市场经济与我国的经济法——兼论市场经济条件下经济法与民商法的关系问题》，载《中国法学》1995年第3期。
3. 参见王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年6月第1版，第16—17页。
4. 参见王有志、石少侠：《民商法关系论》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），上海人民出版社2002年版，第94页。
5. 张光杰主编：《法理学导论》，复旦大学出版社2006年9月第1版，第18页和第53页。291
6. 关于区分部门法的标准问题，法学界有不同看法。笔者赞同李步云教授的观点，即区分部门法的标准只有一个，就是法律所调整的社会关系，即法律调整的对象的不同性质和特点。这里笔者在探讨民法与商法关系时，就是根据此观点。参见：李步云主编：《法理学》，经济科学出版社2000年12月第1版，第275页。
7. 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第30页。
8. 参见陈樱琴：《经济法理论与新趋势》，台湾翰芦图书公司1988年版，第275页。294
9. 参见覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社1999年版，第65页。
10. 参见[日]我妻荣主编：《新编律学大辞典》，中国政法大学出版社1991年版，第285

页。

11. 参见[日]金泽良雄：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社1985年版，第65页。

中国商事立法模式的理性选择与构建

一、中国商事立法模式的理性选择

（一）当今世界商事立法的现实与趋势

从当今世界商事立法的现实与趋势来看，主要是民商分立，而不是民商合一。就一些主要资本主义国家来看，绝大多数都是实行民商分立的。在欧洲二十多个主要资本主义国家中大多实行民商分立立法模式，如法国、德国、奥地利、比利时、葡萄牙、西班牙、卢森堡、爱尔兰、列支敦士登、希腊等国均属此类。在美洲和大洋洲二十多个主要资本主义国家中，有美国、阿根廷、巴西、墨西哥、智利等十多个国家制定有商法典。在亚洲二十多个资本主义国家中，即有日本、韩国、伊朗、土耳其、印度等十多个国家实行民商分立。在非洲也有二十多个国家实行民商分立。

早期主张民商分立者都主张制定单独的商法典。但是，随着社会经济的发展，近来商法学界似乎倾向于淡化民商法典分立的必要性与可能性，即淡化商法形式上的独立，而注重商法体系上的独立性。这表明民商分立论已由形式商法主义向实质商法主义转变。事实上，现代意义上的民商分立已经超越了传统民商分立的范畴，即民商分立并不意味着需要制定一部鸿篇巨制的商法典，传统商法典的老化、陈旧及其他弊端已是有目共睹。商法通过大量的商事单行法而存在是当代商事立法的重要表现形式，也是民商分立的新形式。但是，不管商法是否有必要制定商

法典，都不应过高地估计传统民商合一体制的优越性，而应当看到从基本理念与基本原则上都明显不同于民法的商法或实质意义上的商法独立于民法而存在的价值。尽管包括我国台湾地区在内的许多国家和地区都实行民商合一的立法例，但是如果我们对其民法典及其他私法体系加以考察，就会发现：所谓民商合一实际上只不过是没有形式商法（商法典）存在而已，大量的单行商事法规并未被“合一”而成为民法典的组成部分。并且，就这种私法一元化思潮下的立法模式的法律适用而言，也并未起到民商合一论者所鼓吹的便捷与统一的效果。正如比较法学家达维德所指出的：“某些国家提倡或实现了民商法合一，在我们看来其重要性同样的有限”。达维德还认为：尽管在很多国家民法已经商事化，法典编纂工作使商法失去了它过去完全不同于民法的国际性，但民法与商法在立法上的统一几乎只有形式上的意义。其原因有二：①在许多国家（如瑞士、意大利、荷兰），民法与商法在各大学依然构成不同课程的内容，分别讲授；②商法正在变成受政治与社会方面的考虑支配的经济法，这表明公法与私法密切地交织在一起。(注)

（二）中国商事立法现状分析

从中国的立法实践看，2002年12月23日经全国人大常委会审议的我国民法典草案，以民商合一立法模式为出发点的整部法典，实际上除了合同法部分有针对商主体而制定的几个条款之外，根本找不到基于商法的独立性与特殊性而制定的相关总则性规定。因此，从立法上看，中国的立法者客观上已经在为制定一部统一的商事总则性质的法律铺垫了道路。再从实践上看，自中国改革开放以后，在纵横二元经济关系的模式下，商法曾被经济法所“吸收”。随着市场经济体制的逐步建立，《公司法》、《海商法》、《保险法》、《票据法》、《商业银行法》、《证券法》、《信托法》等重要的商事单行法终于相继颁布，从而开辟了我国商法制度建设的新纪元。但是，这些商事立法是在商法理论准备严重

不足的情况下制定的，许多立法本身就存在诸多先天不足。而我国法学界私法一元化的倾向又日益明显：不仅传统的民法学者否认形式意义上的商法存在的必要性，甚至许多商法学者也开始怀疑乃至否认其必要性，而主张以民法典附带相关单行法的立法模式。即便是主张制定形式意义上的商法的学者，面对占绝对优势地位的民商合一论者，在关于商法立法模式的态度上也表现得极为谨慎。譬如，在关于民商法的立法模式上，作为起草我国“民法典”专家组重要成员的著名民商法专家江平教授即认为：“在我们起草过程中，大家都认为中国不需要再单独搞商法典，对此笔者完全赞同。但是，要不要制定一个商事活动的通则，我个人认为还是有必要的。从深圳最近搞的商事条例来看，应该说它的效果还是比较好的。对于商事权利，包括商业账户甚至包括商事人格权，特别是对于商事代理活动，如果有一个统一的规定，应该是更合适的。”注江平教授还在其一篇学术论文中更加明确地提出：“认识民法与商法的关系必须坚持两点论：①民商融合是趋势；②民商仍有划分的必要。就立法体例而言广形式上将已经颁布的诸如公司法、票据法、海商法、保险法再统一到一部商法典中确无必要，因此，让它们依然按照商事单行法的模式继续存在自然是顺理成章的。就商法总则而言，有两种模式：①在民法典中规定，完全实行民商合一；②在民法典之外另立一部商事通则，依照当初《民法通则》的模式，将有关商事总则的内容加以规定。笔者认为，采取第二种模式更为简便可行，如把它们放在民法典中会显得过分累赘，不能突出商法的特征。”注由此可见，江平教授还是主张制定形式意义上的商法的。事实上，这种观点近年来逐渐在商法学界取得了共识，“商法通则”的立法问题被确定为2004年中国法学会商法学研究会年会的中心议题，便是力证，不少学者就此撰写了专题论文以阐述其商法立法模式的观点。注

一些学者对实行“私法一元化”的弊端作了较为深人的研究，概括了“私法一元化”的四点弊端：①“私法一元化”客观上制约了商法学理论的形成和发展；②“私法一元化”严重制约了商人精神的培育和商人素质的提升；③“私法一元化”有碍于商事制度的供给；④“私法一元化”制约

商人制法的进程。㊟

综上所述，私法一元化已经与现代市场经济体制不合，因而中国应当采取民商分立的私法二元结构。那么，具体的商法立法模式又应当如何构建呢？至于说日益复杂的商事法律关系决定了将所有的商事法律都纳人到《商法典》中，几乎是不可能的事，事实上这样做也是完全没有必要的。民商分立并不意味着需要制定一部鸿篇巨制的商法典，毕竟商法典作为商事领域的基本法，必然可以也确实需要商事单行法或商事特别法的同时存在。综观各国或地区商法典，从来就没有将所有商事法律都纳人法典的先例，而是在商法典之外再另行制定单行商事法律。而这一做法既属各国或地区立法惯例也是当今世界商法的立法趋势。

有学者认为，中国仍应坚持民商合一的立法模式，在法律规范的体系上，只制定统一的“民法典”和单行的民事与商事法规，立法上并不制定统一的商法典对商事关系进行综合调整，而是强调“民法典”对整个民商事关系的指导与统帅作用，将商事关系作为一种特殊的民事关系来对待和调整。㊟事实上，这种认识纯属对民商合一与民商分立模式的误解。如上所述，民商分立并不否认民法的基础指导作用与补充作用，恰恰相反，许多国家或地区的商法典中还对此作出明确规定。此外，我们还应注意到经济发展对于商法立法上的要求，以及两大法系日益融合的趋势。

如果仔细考察一下民法典的体系结构，就会发现以企业内外部关系为规制中心的商法也完全可以形成其法典化的逻辑结构。德国法系的民法典结构，一般制定有总则、债权、物权、亲属、继承等五编内容相互关联又相互区别的规范体系。单纯就总则之外的四编内容而言，似乎并无实质关联，完全可以单独存在，但是因其共同调整财产关系与人身关系，从而得以在抽象出的共同原则的基础上形成一个整体。由此可见，只要有一个能够使各主要规范类型相互关联而成为一个整体的因素，即可将这些不同类型的规范合并为一个法典。因而，制定出一个涵括商法基本规范的商法典并无理论上的障碍。

（三）中国商事立法模式选择

基于以上论述，笔者认为，本着实事求是的态度，在现代社会中，民法与商法之间有着千丝万缕的联系，没有民法，商法将陷于瘫痪；没有商法，民法对社会生活的调整也是有缺陷的。二者相辅相成，缺一不可，不可能完全人为地割裂开来。中国应采取私法二元结构的立法模式，即采取具有中国特点的民商分立的立法模式，在“民法典”之外再单独制定一部相对集中的带有商事总则性质的法律。不过，为维持全部法律体系的统一与立法上的经济原则，在该部法律中不必将所有涉及商事关系的一般规则都无一遗漏地规定，仍然要注意对民法一般规定的合理适用，但是，对于明显区别于一般民事关系的特殊商事关系的调整规范，则应予以尽可能全面地规定。也就是说，在“民法典”之外，我们还应制定自成体系而又明确规定以“民法典”为补充的“商法通则”。其理由如下：

（1）笔者主张，在民法典之外不另立独立之商法典，并不是要否认商法的存在，恰恰相反，这种模式的设计至少有以下四点好处：①适应了当今世界商法的立法趋势。没有将所有商事法律都纳人法典，而是在商法典之外再另行制定单行商事法律。②尊重了中国的立法传统。所谓不再制定一部与“民法典”完全抗衡的《商法典》。③不仅没有打破中国现行的商法体系。目前主要由一系列单行法律、法规构成的商法体系，而且还制定出了一部统帅这些分散的单行法律的商法总则性的基本商事法律。④顺应了中国经济发展的需要，为中国商业经济的进一步稳定、健康的发展，提供了法律的保障。

（2）制定“商法通则”可以解决一些困扰民法典的问题。民法中的主体制度一般采取自然人和法人的两分法，在理论与实践中都有其局限性。例如，合伙是否为一类独立的民事主体，在民法上仍悬而未决；但合伙作为商主体却是没有疑问的。又如个人独资企业既不是法人也不是自然人，其法律地位如何，在民法上不无疑问；但却可以在“商法通

则”中予以明确。

（3）在现实条件下，在民法典中规定商法规范无疑会加大中国民法典制定的难度。所以将商事关系中具有共性又不同于民法的一般规定集中起来，制定一个总则性质的“商法通则”应该是一种有效率的制度安排。事实上我们也看到，在《中华人民共和国民法（草案）》中根本就没有关于商法的一般性规定。

（4）建立“商法通则”加单行法的立法模式，兼具原则性和灵活性，有助于形成商法开放的体系，有利于商法适应剧烈变动的社会经济生活现实的需要，得以充分发挥商法的积极效力。

（5）制定一部“商法通则”可能更加符合中国立法机关的意愿，将有利于尽快完善中国的商法体系。

众所周知，在立法实践中，中国的民商立法体系在较近的时期内，是不可能轻易改变所谓民商合一模式的。该模式不仅已经在中国一些有影响力的民商法学者的头脑里根深蒂固，而且也得到了中国最高立法机关的高度认可，因此，欲在短期内改变这种模式是不可能的。为了能够尽快完善中国商法体系，促进中国商业的发展，保护中国商主体的权益，实现中国与国际商法的尽快接轨，在国际上维护中国的利益，笔者认为，作为那些迫切希望中国商法体系尽快完善、中国的形式商法能尽快出台的商法学者们，应该采取立足现实，脚踏实地的工作作风，在为中国商法的未来去呐喊、去呼吁、去奋争的同时，不妨采取更多的务实心态，以不贪图大而全，只追求精而实的精神，以为中国商法的发展铺垫好一块坚实的台基石的精神，去做我们能够做到也应该能够做到的事情。

（6）有利于中国理论界结束长达近半个多世纪的无休止的争议。中国在清朝末年和“中华民国”初期实行的是民商分立的立法格局。但国民党政府建都南京后，当时的“立法院”为求商事法律易于修改，以适应新兴工商业的发展，在民商法典的制定方面，主张采取民商合一模式。1929年《中华民国民法》第一编总则公布后，由院长胡汉民等人向国民

党中央政治会议第183次会议提交了一份关于制定民商统一法典的提案，政治会议审查通过了该提案，并从八个方面进一步阐述了采用民商统一法典的理由。这对中国法学界的影响非常深远，在中国改革开放的历史条件下，大陆学者又陷人了“民商合一”和“民商分立”旷日持久的争论，其实，现在主张“民商合一”观点的许多学者，其论点、论据并没有超过该提案的八点理由。中国如果制定了“商法通则”，会结束理论界长达半个多世纪的无休止的争论，使理论界集中精力研究中国民法、商法和经济法的现代化及协调发展问题。

（7）有利于丰富和繁荣中国商法学的研究成果。“民商法一体化”的观念，制约了中国商法学理论的形成和发展，使人们忽略了对商法基本范畴、基本理念、基本价值、基本原则和基本制度以及商法其他基本理论问题的研究，扼制了商法学者的主观能动性，导致了商法学研究的停滞不前。中国如果制定了“商法通则”，就会大大激发商法学者的研究热情，进一步丰富和繁荣中国商法学的研究成果。

（8）有利于树立和增强人们的商法意识与商法观念。中国如果制定了“商法通则”，就等于采用了“私法二元结构”的立法格局，商法的独立部门法地位就会得到正式确定，与此相适应，商法有别于民法的调整对象、内在本质特征和外部清晰边界等基本理念以及商法独特的调整机制、法律属性、价值取向、基本原则、构成体系就会呈现在世人面前，人们自然会树立起独立的商法意识和商法观念。

（9）有利于统一协调中国现行的单行商事法律。面对“民商合一论”和“民商分立论”的激烈争论，中国立法机关采取了非常实务的立法态度，即随着社会主义市场经济改革取向的确立，相继颁发了《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《合伙企业法》、《证券法》和《个人独资企业法》等一系列单行的商事法律。由此可见，中国现行商事立法采用的就是单行商事法律的模式。但由于对商法缺乏科学的认识和合理的界定，中国颁行的各种单行商事立法具有一定的应急性和盲目性，在系统性、科学性、前瞻性和国际性方面还存在一定的不

足，而且它们之间还缺乏相应的协调性和统一性。“商法通则”的制定，可以适应中国商事立法模式和制度的创新，不仅有利于实现对商事关系的基本调整，统率中国现行的商事立法，改变中国商事立法群龙无首的现状，而且有利于进一步协调统一中国的商事立法，使其沿着正确的方向健康地发展。

（10）有利于促进中国市场经济的大力发展。在欧洲中世纪，商人进行了一场“商业革命”，在这场“商业革命”中，商品经济飞速发展，商人阶层逐渐形成，为了保护自身的特殊利益，不被封建主和教会压迫，在政治上取得自治地位的商人便为自己制定了商人法，并使之成为一种独立于封建庄园法和教会法的商人法。正如西方学者所言：“商业革命有助于造就商法，商法也有助于造就商业革命”。在中国大力发展市场经济的条件下，制定“商法通则”有利于重塑商人观念、提升商人素质、弘扬商人精神，进一步促进中国工商业的繁荣和市场经济的飞速发展。

（四）制定“商法通则”的时机与条件

从目前的情况来看，中国制定“商法通则”的时机已经成熟、条件基本具备，主要表现为：①中国已经颁行了大量单行的商事法律、法规和规章，为制定“商法通则”奠定了坚实的立法基础；②中国已经审理了大量商事案件，为制定“商法通则”提供了相应的司法经验；③中国已经加入了WTO，为制定“商法通则”提供了可资遵循的国际准则；④中国的市场经济得到了迅速发展，为制定“商法通则”打下了一定的经济基础；⑤中国商法学界形成了不少卓有成效的科研成果，为制定“商法通则”奠定了一定的理论基础。

二、中国“商法通则”的体系结构

综上所述，笔者认为，中国“商法通则”的结构大体如下：

第一章总则，规定商法的适用范围、基本原则和适用规则；

第二章商主体，规定商主体的基本形式和种类；

第三章商行为与商业代理，包括商事行为与商事代理的构成、一般商事行为和特殊商事行为等；

第四章商业登记，包括商事登记机关、登记范围和登记程序等；

第五章商业名称，包括商业名称的取得、种类、商号权等；

第六章商业账薄，包括商事账薄的种类、内容和置备等；

第七章商事诉讼时效，包括诉讼时效的适用范围、诉讼时效期间的起算、中断、终止和延长以及诉讼时效期间届满的法律后果等；

第八章商事责任，包括商事责任的种类和承担方式等；

第九章附则，包括商事部门法的范围及其制定、有关术语的含义、生效时间和解释机关等。

在法律的适用上，我们应当坚持商法优先适用，民法一般适用和补充适用的原则。其一般规则是：在商事关系的调整中，优先适用“商法通则”和商事单行法；“商法通则”和商事单行法未规定的事项，适用企业章程或合伙协议；企业章程或合伙协议未作规定的，适用民法。

在“商法通则”与单行商法之间的协调问题上，其解决的前提是必须明确“商法通则”的体系及其具体内容。既然已经明确“商法通则”乃商法领域之基本法，其理应成为单行商法的一般指导，并构成单行商法规范的一般规定与补充规定。这样，以“商法通则”为中心并使“商法通则”成为统摄性法律文件的全部商法规范就形成了一个具有有机联系的、形式严密的体系结构。

综上所述，中国市场经济的改革取向和飞速发展，为中国商事立法的出台和商法学的发展提供了良好的机遇。我们坚信，随着中国全面科

学发展观的进一步实施，经过商法理论界和立法机关的共同努力，一个人类社会未曾有过的、标志着中国商法独立地位已经确立的《中华人民共和国商法通则》必将呈现在世人面前。其法律位阶应当与1985年的《民法通则》一样，即由全国人民代表大会表决通过。

总之，中国在民法典之外不另立独立之商法典，制定“商法通则”，建立一个“商法通则”加商事单行法的立法模式。

（原载于《2007中国商法年刊——和谐社会构建中的商法建设》，法律出版社2008年5月版）

---

1. 转引自郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》1996年第5期。
2. 江平、梁慧星、王利明：《中国民法典的立法思路和立法体例），载http: www. lawintiroe. com.
3. 江平：《民法典：建设社会主义法治国家的基础——专家学者谈中国民法典的制定》，载（法律科学》1998年第3期。
4. 参见石少侠：《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》，续《法侧与社会发展》2003年第5期；中国法学会商法学研究会编：《中国商法学刊》，第4卷，黑龙江人民出版杜2003年版，第71-217页。
5. 参见冯果、卞翔平：《论私法的二元结构与商法的相对独立》，载中国法学会商法学研究会编：（中国商法年刊）（创刊号），上海人民出版社2002年版，第131-133页。
6. 参见赵万一：《商法基本问题研究》，法律出版社2002年版，第116页。

论中国商法的立法模式
——兼论《商法通则》的立法问题

关于商法的立法模式，在中国形成了相互歧义的多种学说。而这些学说直接或间接地影响了中国的商事立法的指导思想，甚至商法体系的建立。这些观点，究竟谁更符合中国的历史和现状，谁更具有可行性和实用价值，就需要我们去认真地加以甄别和研究。

一、大陆法系国家商法立法模式之比较

当今，大陆法系商法是世界商法中最完善，也最有典型意义和世界影响的商法体系，它是大陆法系国家商法制度的总称。大陆商法遵循着制定成文法这一根本途径。在大陆商法中存在着两种立法形式：(1)民商分立形式，指在一个国家中，不仅存在着一系列商事单行法规，而且存在着以商法命名的法典，商法与民法完全分离，采用这种立法格局的国家主要有：德国、法国、日本、西班牙、葡萄牙、奥地利、巴西、埃及等；(2)民商合一的立法形式，即在一个国家中不存在以商法命名的商事法典，仅存在着一系列商事单行法规，而有关商事交易中的一般原则被归纳在民法典中，其代表国家和地区有：瑞士、意大利、瑞典、丹麦、芬兰、挪威、蒙古、以色列等。大陆商法立法形式的分流主要是由于各国不同的政治、经济，尤其是历史文化的影响，使得不同国家在建立本国商法体系中采用了不同的立法模式。以下仅对几个比较典型的实行民

商合一和民商分立国家商法的立法情况和历史背景予以简要的比较与评介，以有助于我们对这个问题更加深入的探讨和研究。

（一）法国商法的立法模式

1807年制定的《法国商法典》首开民商分立、商法法典化之先河。《法国商法典》共4编29卷648条。第一编 商事总则，共8卷；第二编 海商，共14卷；第三编 破产，共3卷；第四编 商事法院，共4卷。

法国在制定民法典时，并未将商事、海事等方面的规范予以包含进去，从而给日后的商法典的制定留下了十分有利的空间和机会。法国商法典的产生，是在其深厚的历史文化背景和当时特定的历史条件背景下立法者的理性选择。这种理性选择的基础包括以下几个方面：

第一，与法国民商法律的发展历史密切相关。

法国民商法是大陆法系国家民商立法的首创和代表。法国的民商立法可以追溯到法兰克王国时期。公元5世纪编纂的《撒利克法典》就包含有某些民事法律规范，如所有权、契约、婚姻家庭等方面的规范。12世纪罗马法在意大利复兴后，很快波及到法国。当时法国南部曾出现过一部有关查士丁尼法典的综述性著作——《罗马法典》，16世纪后，随着欧洲文艺复兴的深入，法国形成了人文主义学派，在罗马法研究上有不少新的突破。在罗马法复兴的同时，商人法也开始发展起来。商人法最初发端于意大利。商人法的基础，一是罗马法，二是地中海各地的商业习惯。商人法形成后，很快影响到欧洲各地。在意大利商人法的影响下，法国商法也开始发展起来。中世纪西欧曾出现过三个重要的国际性商法典，其中13世纪的《奥列隆法典》就是在属于法国的奥列隆岛上编纂的。这是一部海商法典，汇集了12世纪许多海商判例。16世纪以后，随着法国资本主义的发展、王权的加强以及民族国家的逐渐形成，法国开始出现国家商法。1673年，法王路易十四颁布了《商事法令集》，该法典共12章、112条，其内容包括商人、票据、破产、商事裁判、管辖

等。该法在适用上仍受商人习惯法的补充，并且在司法上由商人担任商事法院的法官。1681年法国又颁布了《海事法令集》，其内容包括海上裁判所、海员及船员、海事契约、港口警察、海上渔猎五编，类似于后来的海商法。这两部商事立法为1808年的法国商法典的制定打下了重要的基础。也就是说，早在法国商法典出现的一个多世纪以前的17世纪，法国就已经形成了商事与民事单独立法的传统。

第二，与法国大革命时期的启蒙思想家的思想密切相关。

18世纪的法国，封建专制制度严重地阻碍着法国资本主义的发展。于是，18世纪20年代至70年代，法国发生了影响巨大的启蒙运动。启蒙思想家提出了许多资产阶级法制（包括私法）原则，如家庭成员自由原则、契约自由原则、贸易自由原则、人人平等原则，主张所有权至高无上，取缔中间组织以及民法的世俗化。1789年法国大革命爆发，在此期间，法国资产阶级正式提出了分别制定全国统一的民法典和商法典的主张。历届革命政权都制定了许多单行法令、决议，在私法方面进行了许多改革，以启蒙思想家的思想为指导，分别草拟了民事、商事方面的法律。这些法律在很大程度上取代了古代法民商事方面的法律。1799年拿破仑上台后，立即着手制定法典。1800年开始了民法典起草工作，1804年正式颁布民法典，1807年又在大革命前公布的《商事法令集》和《海事法令集》的基础上，制定了统一的法国商法典。从而确立了法国民商分立的立法模式。可见，启蒙思想家的思想也积极推动了法国民商分立立法模式的形成。

第三，与法国法学者对于罗马法的理解密切相关。

法国是受罗马法影响最深远的西欧国家，而法国法学者认为，在罗马法中“商法没有被当成民法来看待，商法已经形成它独特的法律传统，它没有明显的与罗马法有关联的祖先。一句话，优士丁尼的《法学阶梯》里没有它，从而法国法理论里也没有它。”[注]也就是说，由于商法没有存在于罗马法所规定的制度中，因而在承继罗马法衣钵的法国人眼里，它不能为民法典所取代，而应当具有它的独立性。这也是造成法

国民商分立立法模式的重要原因之一。

可见，法国实行民商分立的立法模式既有着其历史传统，又受到大革命时期的启蒙思想和罗马法的深刻影响。

（二）德国商法的立法模式

与法国一样，德国同样实行民商分立模式。德国商法典的编纂始于1871年德意志帝国建立以后，这部法典于1897年5月10日颁布，中间虽经多次修改，但其核心部分一直适用到今天。其由商人的身份、公司和隐名合伙、商业账簿、商行为、海商五编905条组成。

德国商法的发展，与德意志民族的统一和国家的建立有着极为密切的关系。德国的历史开始于10世纪，然而直到19世纪中叶，德国依然处于分散状态，国家的法制更是处于十分混乱的状态。法律制度的分散和不统一，严重妨碍了民族的统一和国内统一市场的形成，阻碍了新兴资本主义经济的发展。受法国民商立法的影响，德国从18世纪末就开始了编纂民商法典的运动。1794年，普鲁士国王腓特列·威廉二世颁布了《普鲁士邦法》，该法典第二部分第八编对商法作了较为详尽的规定，该法典对后来德国民商立法都有比较重要的影响。19世纪初，各个封建君主国组成的德意志联邦在各成员国的协商下，开始了全国统一的民商法典的编纂活动，其目的在于消除由于当时商事法规，尤其是票据法规的不统一给商事交往所带来的不利影响。德国于1848年制定了统一的《票据法》，接着，联邦议会设置了《统一商法典》起草委员会，1861年颁布了《普通德意志商法》（即旧商法典）。该法典共5编，911条，分为第一编商人性质，第二编商公司，第三编商合伙，第四编商行为，第五编海商。这个法典曾被大多数邦所采用。1871年统一的德意志帝国建立后，开始了《德国民法典》的起草工作，民法典中包含了原先旧商法典中的许多规定，这样旧商法典的一些规定已显得无必要和落后了。特别是随着统一后的德国商品流通的新秩序的建立和发展，旧商法典已

经不能适应新形势的需要，于是新商法典的制定工作被提到了议事日程。可见，德国民商立法的分立模式的确立，是与其国家的统一和商事立法的传统密不可分的，也就是说，国家的统一需要统一的法制作为政治基础，而19世纪统一的《票据法》和《普通德意志商法》等商事法律的颁布，则为其商法的独立的地位的确立奠定了坚实的基础。

我们还可以从以下几个方面来具体分析19世纪末德国商法典得以独立于民法典单独制定的主要根源：

（1）经济根源

商品经济的高度发展和商事关系的日益丰富是德国商法得以形成的前提。随着工业革命的成果和产业规模的扩大，产生了一大批产生组织，如大型企业、矿山、各种形成的公司等。它们的经营、发展对国民经济产生了举足轻重的作用，国家迫切需要借助法律手段调整它们的行为和经营方式。同时，世界性贸易的兴起使得贸易规模扩大，贸易手段更为多样，贸易管理更为复杂。因而，为贸易活动提供全面的、统一的商法体系，通过完善买卖、银行、票据、交易所等方面的法律制度以实现对市场、贸易的监管，已成为建立新贸易秩序的根本需要。

（2）政治根源

在德意志帝国统一前，德国一直处于分散状态，法律不统一不仅严重妨碍贸易的交往，而且还严重妨碍着国家的统一进程。如到19世纪40年代，由于各邦自立其法，仅票据法就有50多种，使得票据制度十分不统一，严重妨碍了帝国法律的统一和各邦间的正常的商务交往，因此，制定统一的、独立于民法典的商法典，不仅可以加速贸易和法制的统一，还可以推进国家的统一。

（3）社会根源

德国资产阶级革命的胜利，使“社会应受法支配”的思想深入人心。在自然法思想的灌输下，人们日益认识到，除了公民的权利、财产需要受到法律的保护，个人的自由需要受到法律的约束外，一切经济组织、

企业、财团、公司等都应有自己的法律，其财产受法律保护，其活动受法律制约。人们还意识到，独立的、完整的商法体系不仅能够维护商事交易秩序，而且在弘扬公平、正义、平等、自由观念方面，在维护私有财产不可侵犯方面，以至推动整个社会的民主与法制方面，都可以起到巨大的作用。

（4）学术根源

自罗马法在欧洲复兴以来，一大批法学家潜心研究立法技术和法学方法，在经历了几百年的理论探索后，到19世纪，德国民商法学理论日渐成熟，特别是经过那场著名的持续了半个世纪之久的民法典大辩论后，使得德国法学家们日益意识到编纂统一的民商法典的价值及意义。因而，与当时世界范围内蓬勃兴起的民商法典编纂运动相呼应，德国的民商法典的制定工作很快就取得了丰硕的成就。而商法作为一个独立的法律部门并能够与民法并肩构成统一、完整的民商法律体系的认识，也在德国法学者中基本上达成了共识。

为了更能说明问题，这里还应当就《德国商法典》与《德国民法典》的关系做一些必要的分析与阐释。

《德国民法典》与《德国商法典》的关系非常密切，两者可谓相辅相成，其具体体现为：

第一，《德国商法典》中的许多规范，是以《德国民法典》确立的一般性原则为基础而制定的。如《德国商法典》第373条—382条对商事买卖作了基本规定：买卖双方当事人之间的权利和义务，原则上由《德国民法典》调整，即商法典中有关商事买卖的规定在适用时必须与《德国民法典》第433条关于一般买卖的规定联系起来考虑。《德国民法典》中关于买卖的基本原则是《德国商法典》中买卖规则的基础。

第二，《德国商法典》中的某些规范取代了《德国民法典》中规则。例如，《德国商法典》第350条规定了商事担保的形式自由原则，这一原则仅适用于商人及其行为，至于非商人及非商行为的担保形式，

则适用《德国民法典》第765条—第788条的规定。因此，对于商人来说，在担保形式上，《德国商法典》之规定完全取代了《德国民法典》的规定。㊟

第三，《德国商法典》中的许多规范，是《德国民法典》的补充规范或特别形式规范。如《德国商法典》第48条关于经理权的规定是《德国民法典》第164条关于代理权规定的特殊形式；《德国商法典》中关于代理业务和运输业务的规定则是《德国民法典》第675条关于事务之处理规定的特殊形式。可见，在这里，《德国民法典》中的一般规定可以通过《德国商法典》规定的补充而被适用。

由此可见，《德国民法典》与《德国商法典》在规范商事活动中，可以互为补充，互为适用，这不仅有利于对商事活动的规范，同时对于提高人们的商法意识和法律意识也会起到积极的作用。它也说明，一国内的民法典与商法典在适用中并不会必然产生矛盾和嫌多余，两者的相互作用，只能促进国内经济和法制的发展，不会产生任何不利影响。德国的发展已经充分证明了这一点。这或许会对中国目前关于商事立法模式的争论有所启迪。

（三）日本商法的立法模式

日本也是实行民商分立模式的国家之一。其新商法在内容上基本是以德国旧商法(1861年）为蓝本，于1899年3月9日颁布，共分5编31章689条，由总则、公司法、商行为法、票据、海商法组成。

若分析日本民商立法所表现出来的民商分立的特点的原因，我们主要可以从日本商法发展的历史的角度来看。日本在19世纪末接受西方法制文明之初，在商法的立法模式上先后接受的是法国和德国的立法模式。正如日本学者所说：“于1807年制定发布，世称之为那破仑之商法。在于当时殆甚完全，而足为诸国之商法之模范。我旧商法亦模范视

之。现今之日本商法，虽不以之为模范而于规定之内容，参照之处甚多。因此，研究日本商法者，决不可以法国商法度外视之。”“日本商法，虽先于德意志商法而发布，然既取其前年所发布之该法法案，大加参考。因此而亦可谓入于德意志商法之系统中，故研究日本商法者，无论因欲明其法理，或当于为解释及适用，总不可不研究德意志商法。惟勿过于崇拜，至于日本商法解释，生不可不采用德意志商法之感而已。”注因此，这种历史的渊源是造成日本现有的民商分立的立法模式的主要原因之一。从社会发展的角度看，一百多年的实践也使日本完全适应了这种模式，并且事实证明其对日本社会经济的发展同样也起到了积极的推动作用。

（四）意大利商法的立法模式

从立法模式上看，意大利的民商立法与其他国家不同，即它经历了一个由起初的民商分立模式转变为民商合一模式的发展变化的历程。1882年，遵循法国立法模式，意大利颁布意大利商法典，以实现商事行为规范的统一。该法典以法国法为借鉴蓝本制定。作为一个独立的法典，一切有关商事行为均由其规制。那么，为什么意大利会在19世纪后期的立法中遵循法国的立法模式呢？这需要从意大利的历史中去寻找答案。公元14至15世纪，意大利文艺复兴运动对人类文化的进步做出了无可比拟的巨大贡献。资本主义萌芽也开始出现。但是到了16世纪，意大利经济发展却显得迟滞而落后。在政治上，各王国、公国、教皇辖地以及许多小封建领地，各自独立，他们之间不断挑起战争，甚至不惜引狼入室。自16世纪初期至1861年统一意大利王国的建立的三百多年间，意大利的大部分地区一直处于西班牙、奥地利和法国的统治之下，因而导致了意大利进入了受制于统治国的法律规则、吸纳外国法的历史时期。1796年拿破仑带领军队进入意大利后，伴随拿破仑统治而来的是推行拿破仑法典。这在意大利法律史上影响深远，其最显著的表现就是不同地

区的法律开始趋向集中，原本多元的法律制度和法律传统向单一的法律制度转变，由于意大利大多数的邦都明确依据法国的法典而建立自己的法律体系，因而法国的立法模式逐渐成为了意大利的立法模式，法国的民商分立模式，也自然而然地成为了意大利的民商立法模式，于是就有了1865年的民法典与1882年的商法典的分别颁行。总之，长期的受制于他国统治的历史，决定了意大利立法模式在19世纪受制于法国模式的事实。

但是，民商分立的模式从意大利商法典制定伊始就受到意大利学者的怀疑。1847年，意大利学者摩坦尼利（Motanelli）即提出了所谓“民商二元统一论”，主张制定统一的民法典。[注]这一论点在意大利民法修改过程中经过反复的论证并最终被采纳。在讨论是否将商法纳入民法典时，首先涉及商事关系的自治性规则问题。在最初阶段，学者们便面临着是否保留可能被割裂的商事关系规则的问题。对该问题，20世纪20年代的意大利法学者们依然力图通过制定单独的商法典来解决。如他们曾在1923年和1925年分别提出了维万德提案和扩密西奥内两项提案。但在后来，民法典与商法典统一的主张还是占了上风。绝大多数意大利法学者认为，无论是民事买卖还是商事买卖，无论是民事租赁还是商事租赁，无论是民事代理还是商事代理，无论是商事合伙还是民事合伙，无论是民事委任抑或商事委任，无论是民事抵押还是商事抵押都有着共同的规范性，商事行为不可能摆脱民事行为规范而单独存在。[注]因而，民商合一的体例适合意大利。因此，立法者将1882年商法典废除，并将不同内容并入民法典相应各章。其中，有关商事主体资格的内容并入“人及家庭法”编；而将有关商事主体的设立、行为规则等内容则并入“劳动”编。所以，现行的意大利商法已经不再是专门的部门法，而是与民法融为一体，不再是自治独立的法律体系。

可见，意大利商法的立法模式，经历了一个曲折的发展历程。它从开始的民商分立模式转变成为了民商合一的模式，并且该模式一直沿用至今。这既是意大利理性的选择，也是适合意大利发展要求的，因而，

有着其历史的必然性。也体现了世界多元化发展的特点。

（五）俄罗斯商法的立法模式

俄罗斯与意大利一样，在商法的立法模式上实行民商合一的立法模式，但这一现象是俄罗斯自身历史发展的结果。纵观整部俄罗斯法律发达史，始终看不到独立的商法的影子，而且自从10世纪基辅罗斯颁布的俄罗斯历史上第一部成文法典——《罗斯真理》（又名《罗斯法典》）开始，俄罗斯的立法模式的独特之处就在于每一个重要的历史时期或者王朝，均以颁布诸法合一的法典为其主要的立法方式。例如，除了上述的《罗斯法典》外，15世纪俄罗斯颁布了俄罗斯第一部体现中央集权制国家体制的统一的法典——《一四九七年律书》（又名《伊凡三世律书》、《大公律书》），此后又颁布了一系列诸如《一五五○年律书》、《一五八九年律书》、《一六四九年会典》等具有法律汇编和诸法合一性质的封建法典。例如，《一六四九年会典》，由25章组成，共967条，涵括了国家法（第1—9章）、诉讼法（第10—15章）、物权法（第16—20章）、刑法（第21—22章）、补遗（第23—25章）等内容，几乎涵盖了国家所有的法律制度。18世纪至19世纪，俄罗斯仍然以编纂统一的法典作为其立法的主要模式。如1830年俄罗斯出版了《俄罗斯帝国法令全书》，包括了1649—1825年的全部立法，共有30920条法律条文和个别法律文件的文本，共40卷。后在此全书的基础上，于1835年颁布了《俄罗斯帝国法律全书》，共有4.2万多条，分为15卷，此后颁布的法规也并入法律全书，作为补充，至1917年已有10万条左右。全书第一至第三卷涉及“根本的和制度性的”法律；第四至第八卷内容涉及国家的义务、收入和财产的法律；第九卷关于身份的法律；第十卷为民法；第十一至第十四卷涉及国家治安和整饬的法律；第十五卷为刑法。十月革命成功后，苏俄和苏联依然以颁布综合性的法典为其基本的立法模式。如1918年颁布的《关于户籍法、婚姻家庭与监护法典》、《1919年苏俄刑法指导原则》、1922年的《苏俄刑法典》、《苏俄土地法典》、

《苏俄劳动法典》和《苏俄民法典》，该部《苏俄民法典》一直施行到1964年才为新的《苏联民法典》所取代。1922年《苏俄民法典》有不少篇幅涉及各种公司（包括合伙、无限公司、有限责任公司、股份公司等），而1964年《苏联民法典》则还调整着1922年民法典没有规定的许多商事关系，如供应、基本建设承包、运送、结算和信贷关系等。就民商法而言，在苏联时期，除了制定有民法典之外，其他还陆续颁布了诸如《苏联海商法典》、《苏联航空法典》等法律，对于属于商法范畴的法律主要有：《生产联合公司条例》、《企业条例》以及《关于国家工业托拉斯的法令》、《关于信贷改革的法令》、《关于改进货物运送的法令》等等，但是始终没有出现商法这个词，这与苏联的建国思想，不承认私法体系等理念有着直接的关系。受此传统观念的影响，直至苏联解体后，俄罗斯仍然坚持了民商合一的立法模式，1995年和1996年先后颁布的新民法典，融民商法律规范于一体，如其第4章关于法人的规定，即规定商业组织应遵循新民法典关于法人的规定，即以商合伙和经营公司的形式以及生产合作社的形式或者以国家、自治地方单一制的形式建立。除了民法典以外，俄罗斯还分别颁布了诸如《银行法》（1991年）、《土地付费法》（1991年）、《有限责任公司法》（1998年）、《股份公司法》（1996年）、《建筑法》（1998年）、《铁路运输章程》（1997年）等一系列商事单行法。因此，可以认为，民法典加各单行商事法，构成了俄罗斯统一的民商法律体系。

可见，俄罗斯所实行的民商合一的立法模式，有着其悠久的历史传统，所以，应当说，俄罗斯所实行的民商合一的立法模式并没有直接地受到西方各国的过多的影响，而是其自身形成的独具其民族特色的立法模式。

通过对主要大陆法系国家商法体系立法模式的比较，我们可以获得如下认识：

商法是与每个国家自己的法律文化传统，政治经济结构密切相关的法律部门；世界上并不存在一个统一的商法模式；法律体系和经济模式

的多元化决定了商法的多元化。与此同时，商法又是现代社会市场经济秩序的产物。市场经济秩序的维护离不开商法；商法根植于市场经济的土壤中。因此，无论是选择民商分立模式，还是民商合一模式，对于一个国家来说，不存在孰优孰劣，孰对孰错的问题，关键是看选择的模式是否适合国家的历史传统和经济发展的需要。只要对于社会经济发展有利，就不必去过分强调孰旧孰新，孰系所谓趋势，孰系所谓过时的问题。实践才是检验真理的标准。因此，每个国家在选择自己的商法立法模式时，必须从本国的实际情况出发，结合自己特有的法律文化传统和政治经济结构来构建自己的商法体系。

二、民商立法模式在中国近代立法史上的论争之回顾及启示

关于中国商事立法的模式问题，其实早在20世纪初的清末修律时就开始了激烈的争论。直到20世纪20年代末国民政府确定民商合一的立法模式时为止，此争论才告一段落。今天，我们回顾这一段历史，对于我们确立当今中国的商事立法模式，仍然有着其一定的借鉴作用。

（一）清末关于民商立法模式的争论

从目前中国国内学者所掌握的材料来看，最早提出并开始讨论民商法关系的著作，当数1905年，由陈武、刘泽熙所著《商法（总则、会则）》中有关于民商关系的详尽讨论，该书既强调了民商法的联系，也分析了两者的区别，并探讨了民商立法的趋势，(注)认为：“中国现制定商法，其已颁布者为《商人通例》、《公司律》二编。以商人与公司分

别规定，颇合法理。但民法与商法有密切之关系，且有先后之次序。中国未有民法，先有商法，不免有倒置之诮矣。”

1907年，清政府翰林院侍讲学士朱福诜向清政府奏请慎重私法编纂，并推荐日本法学博士梅谦次郎为起草员，首次明确提到编纂民商合一法典的主张，其奏折内称：“亚洲民族程度去英美稍远，而于德法为近。中国居亚洲上腴，较其层级与同洲之日本正复类似。日本明治二十九年始，敦法学博士梅谦次郎等修正民法，三十一年复修正商法，次第颁行法典，内容皆尚德法而细英美，此中国所最宜取法。……日本修正民商法时，梅谦次郎曾提议合编，以改约期，近急欲颁行而不果。中国编纂法典之期后于各国，而所采主义学说不妨集各国之大成为民商法之合编。”注

当时受聘起草商律的志田钾太郎也曾表示过对民商分立的反对，注尽管如此，志田钾太郎还是为清政府拟订了商法典——《大清商律》，对此，他解释道：“中国与外国立约，外国收回领事裁判权以中国有完全法典时为限","若有民法典而无商法典，则法典仍不完全，适足为外人之口实","故中国之不可无商法典，实政策上不得不然者也。”注

民商合一的法典编纂体例，同样也遭到了以修订法律大臣沈家本、俞廉三为首的要员反对。他们从在制定法律时应参酌西方成法的立场出发，认为：“欧洲法学统系约分德英法为三派，……无论采用何国学说均应节短取长，慎防流失”，并强调：“自法国于民法外特编商法法典，各国从而效之，均别商法于民法各自为编。诚以民法系关于私法之原则，一切人民均可适用。商法系关于商事之特例，惟商人始能适用。民法所不列者，如公司、保险、汇票、运送、海商等类，则特于商法中规定之。即民法所有而对于商人有须特别施行者，如商事保证契约利息等类，亦于商法中另行规定。凡所以保护商人之信用而补助商业之发达，皆非民法之所能从同，合编之说似未可行。”注可见，沈家本既承认民商立法间的某种互通，更强调了民商立法间的相异之处。

对于究竟是否采用民商分立的立法模式，民政部会同修订法律馆在

起草民律草案之际有更为系统的论述，他们认为：“本草案虽规定私法上之关系，然关于商事者，则让诸商法，不规定于本草案中。原来民商两大法典之并存，多数之立法例虽亦如此，其学理上果正当与否，现尚为未决之问题。惟在中国，民商二法典使之并存，于实际上颇为便利也。又本案虽规定私法上之关系，然于公法上之关系并非全不规定。公法上之法律关系以规定于本草案为宜者，则收入本草案中。盖法典虽须尊重学理，然于实际上之便利亦不得轻视也。此外，私法上之法律关系亦非网罗于本草案中，因立法上及实际上之便宜，委诸特别法、条约及习惯等不少。”[注]

立法从时间上看，民律起草之前，《钦定大清商律》、《破产律》等即已起草颁行，遵循民、商分立的立法模式，如果在民法起草时再实行"合一"的编纂体例，肯定会给立法工作带来诸多不便，而从清末后期的法典编纂上看，清末所拟定的《大清商律》、《商律草案》也是民商分立的体例。就这样，关于民商合一或分立的第一次论争最终以"分立"模式的胜利而告结束。

清末采用民商分立主要是基于两个原因：其一是在“先订商律”的思想指导下，贯彻“商战”思想，商律独立先行制定可谓水到渠成；其二是清民（商）事立法主要是师从德、日，分立模式是具有继受法的性质。正因为此，清末的民商分立体例是历史形成的。

（二）民国初年民商合一论的流行

民初，民法的制定又被提上日程。因而，民商立法模式问题又引起人们的关注。不过，与清末不同，在这一时期，“民商合一论”逐渐成流行趋势，成为一种立法思潮。

民国初年，对民商合一论进行系统阐述的是民初学者王去非。他认为：“商律为国内私法之一部，对于普通之民律法典，成为特别法，此

为一般学者所公认，毫无疑或者也。夫对于民律，别有商律之一大法典，其理由亟须说明。据吾辈见解，则谓商律法典之存在，仅本诸沿革之理由，非出于现今文明社会之所必要者。”他在分析了德、法、英、日等国学者关于商法典应该独立存在的四种理由后认为，此“四种学说，皆不能阐明商律法典存在之理由，则商律法典不必存在也，明矣！”㊟

所谓四种关于商法典存在的学说：一是“民律乃一国固有之法，商律为世界大同之法，范围广狭，既有不同，则其组织，不能无异，万难相提并论，等量齐观，故民律法典之外，当然应有商律法典也”；二是“商律之规定，为日进的，民律之规定，为守成的”；三是“商人重信用，贵迅速，商律既以此为基础而制定，以期契合商事敏活之精神，故与他种法律，性质殊异，不能不独立存在”；四是“商律组织之法案，与民律组织之法案，比较观察，差异之点甚多”。㊟

随后，王去非从商法的适用、商法的历史发展和商法各编的编纂体例两个方面进行考察，论证了民商分立的不合理性。㊟

此外，学者朱学曾在其《民商法统一论》一文中也力主民商合一。

尽管民初学者推崇民商合一的立法体例，但这并未最终改变当时民商分立的立法模式。但是，毋庸讳言，民商合一论在民初的流行，为南京政府时期民商合一立法模式的最终确立进行了学理上的准备。

（三）国民政府时期民商立法模式的确立

1928年，国民政府定都南京后，制定民法典被摆上议事日程。1929年1月，立法院第九次会议议决：“训政开始，各种法规，均待成立，权轻重而审缓急，应先行起草民法、商法、土地法、自治法、劳工法五种。”继而，民法委员会、商法起草委员会分别成立。1929年2月至1930年12月，民法委员会先后完成了民法总则编、亲属编、继承编，初步完

成了民法的法典化。民法的制定，深刻地影响着商法典编纂的独立性问题。

对于民商合一模式，这时期的学者采取了支持的态度。伍渠源在《民商各法宜统一论》一文总结、分析我国古代民商立法概况后指出："吾国以农立国，历代重农轻商；商民既未成一特殊阶级，亦无特别团体，是以四民恒受治于一法。盖吾国习惯，民商历代统一，固无分编之必要也"；若能民商合一，"既可免立法主义之抵触，复可免条文之重复。凡属齐民，受治一法，执法者无适用纷歧之困难，治法者无研究不周之顾虑。"[注]

由于民商合一论在法学界的流行，直接影响了立法者对于民商立法模式的态度。在这一过程中，立法院院长胡汉民、副院长林森的态度起到了决定性作用。中央政治会议第180次会议核准了他们提议的编订民商统一法典的提案，胡汉民、林森的《提案》认为"统一民商二法，已成为现代立法之趋势矣"。[注]

1929年6月，中央政治会议第183次会议通过决议，决定编订民商统一法典。立法院遵照该项决议，后经立法院审议通过"提案审查报告"。在该审查报告书中，胡汉民、林森等又从历史关系、社会进步、世界交通、各国立法趋势、人民平等、编订标准及体例、民法与商法的关系等八个方面论述了民商合一的合理性。[注]

这一时期，学者们也极力支持民商合一的立法模式。施霖在对大陆法系商法体例进行分析后，指出："商法应规定之事项，原无一定范围，而订为独立之法典，不免自取烦扰，而无实益"；"国家创制立法，以应付环境之需要，顺适世界之潮流，视其性质关系如何，以为分合增删之标准。设性质关系相同，则宜合并以免繁复；设性质关系互异，自宜另订单行法，以便适用，否则牵强附会，或妄自分离，庸有当乎？……故民商法合一，已成世界立法之新趋势，我国何可独异。"[注]

但是，此时，民商合一的理论仍然遭到一些学者的指摘和反对。日

本学者我妻荣对此就持有相反的意见，并对胡汉民、林森提案的理由逐一进行了反驳。㊟

但是，在民商分立与民商合一的争论尚未彻底消弭之际，只立民法典，不另立商法典的立法模式最终被立法院所采纳，中国自此走上了一条民商合一的立法模式的道路。只是需要说明的是，国民政府时期的这种民商立法模式，既不是民商分立，也不是简单地移植、照搬已有的其他国家的民商合一立法模式，而是采取了在性质上能与民法合一规定，均一一编入民法债编，性质特异不能与民法合一规定者，如公司、票据、海商、保险等则另订单行法的方法。另订此等单行法的理由有四：一是因公司、票据、海商、保险等事项，商界习惯日新月异，如订入民法法典，则修改困难，颇为不便；二是海商法、保险法中大部分之事项，具有行政性质，如订入民法法典，则于学理上为不可通；三是关于公司、票据、海商、保险等事项，我国已编有各种草案，只须就原案稍加修改，即可颁行，较之订入民法法典，轻而易举；四是若必强将此等事项订入民法法典，则卷帙浩繁，检阅不便。㊟

这种民商法典的编纂方法开辟了民商立法的新途径，也深深地影响了中国以后民商法的立法模式，直至今天，还有人拿出上述理由来支持民商合一的理论，可见其影响力之一斑。但是，历史是在不断发展中前进的，如果在商品经济已经发展到今天这样的时代仍然需要用过去的理论来作为当今理论的依据，也显得有些迂腐和不切时宜了。

三、目前中国法学界关于商法立法模式的主要观点综述及评析

（一）目前中国法学界关于商法立法模式的主要观点综

述

在中国，尽管至今尚未制定统一的商法典，但关于商法立法模式的争论也一直未曾停止过，尤其是在民法典的出台已成指日可待之际，便更加激发起了广大法学者的研究热情。总体上讲，中国民商法学界在商法立法模式问题上形成了以下七种主要观点：

1、民商分立论

多数商法学者认为，商法作为一个独立的法律部门固然毫无疑义，在立法模式上也应在民法典之外制定一部商法典亦属不证之理。他们认为，既然商法作为一个独立的法律部门已毫无疑义，那么，在立法模式上，中国就应采取私法二元结构的立法模式，即采取民商分立的立法模式，在民法典之外，再单独制定一部《商法典》。

2、民商合一论

传统民法学者认为，不管怎样看待商法的地位，无须在民法典之外再另行制定一部商法典都是毫无疑义的，此可谓民商合一论。㊟他们认为，民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的共同规则集中规定于《民法典》中，而将适用于局部市场或个别市场的规则，规定于各个民事特别法。也就是说，在《民法典》之外，不再单独制定《商法典》，所有商事特别法都可以统一适用民法典总则，商事主体适用民事主体的规定，商事行为可以适用民事法律行为的规定，商事代理可以适用《民法典》中代理的规定。

3、商经合一论

直至20世纪90年代中期，还有许多经济法学者认为，商法与经济法

均以企业为调整对象，两者具有某些共同属性，故应当将中国商事法作为“经济法的组成部分”。

4、商法特别法论

近年来，许多民法学者与商法学者都认为，在构建中国的民商立法体系时，既不能模仿传统的民商分立体制，也不能一概借鉴传统的民商合一体制。这就是说，一方面，制定一部单独的商法典的思路不宜采纳；另一方面，否认商法在中国法律体系中的地位或以民法取代商法的做法同样不妥。而认为，建立和完善中国的私法体系，应当以民法作为基本私法，以具有部门法性质的单行民法、单行商法作为主干，以众多的民事、商事特别法作为辅助而构建。注

5、折中论

随着商法学界关于《商法通则》立法研究的深入，中国已有不少学者主张中国既不宜制定"不合时宜"的《商法典》，也不宜制定无所不包的《民法典》。考虑到众多商事部门法缺乏总则性规定的立法体系性矛盾，一些学者主张，不必在《民法典》中勉强规定商法规则，而通过制定一部《商法通则》的方法，解决商法总则问题。

6、民商法典模式

有学者认为，民法并非市民法，民商本为一体，传统民商合一具有局限性，传统的民商合一并未真正合一。“民离商缺其生命、商离民少其根本。”真正的民商合一和中国的民商立法应当是制订一部统一完备的《民商法典》。注

7、民商法律总纲模式

有些学者认为，中国不必制定民法典，而应立足中国现有的法律体系，制定民商法律总纲，并以此为指导完善现有的民商事单行法律，从而建立以民商法律总纲为统帅、以各单行法为骨干的民商法律网络。㊟

（二）对中国目前商法立法模式争论的评析

1、关于民商分立与民商合一两种理论的评析

以上各种观点中，最具代表性、根本性的观点是“民商分立”和“民商合一”两种理论，其间的争论由来已久。两种理论的一些观点都已比较成熟，各有其依据，不能简单地予以肯定或否定。民商合一论立足于民商法同属于私法法域，具有相容关系这一理念；而民商分立论则植根于民商法的差异性、商法的特征和商法的独立性这些客观事实。

主张中国应采民商合一的立法模式的商法学者认为，中国采民商合一立法模式的具有代表性的观点主要有以下几个方面：

（1）商法与民法在基本价值追求上具有重合性，受某些相同价值规则和价值取向的约束，在调整手段和方法上也有明显的相同之处。(2)调整对象上具有不可分性，都调整市场主体及其活动，商人阶层已不存在，商行为与一般民事行为之间也没有明显的界限。(3)法律性质属性上具有相同性，均属于私法范畴，均为权利法。(4)民商分立有其自身缺陷，民商分别立法会导致立法重复之处甚多及法律适用上出现困难。(5)从身份到契约的法律进步趋势的影响。(6)民商分立的立法条件并不具备，因为民商分立必须以民法的高度发达为条件，是在民法发展到一定阶段后现有的民法规范无力调整纷繁复杂的社会经济关系时才产生对商法的渴求，而我国目前的实际情况是民法本身尚有待完善。(7)现有立法体制的束缚，在民法与经济法的关系尚未完全理清的情况下，谈民商分立只会延缓我国民事立法的正常进程。

为了更好地研讨这个问题，需要对上述各观点作简短的逐条评判：

第(1)个理由实际上只是说明了民法与商法之间存在着极为密切的联系，可作为商法乃民法之特别法的依据，而不能因为存在着这种共同性而否认其各自的独立性。

第(2)个理由片面地理解了商主体和商行为的内涵与外延。商人阶层固然已不存在，但企业这种不同于一般民事主体的商主体则仍然存在，商行为因必须有一方是商主体或通过商主体始能发生及其本身的营利特性能够与一般民事行为明确区别开来。所谓商法调整的对象主要是商事财产关系，而不包括人身关系。商法调整的对象可以具体概括为：一切与商事财产活动有关的行为，包括商事公司、商事个体、商事合伙等商事主体所从事的证券交易行为、票据行为、信托行为、海商行为、居间行为、行纪行为、担保行为、拍卖行为、招投标行为、仓储行为、存贷款行为、运输行为、投保行为等等。这些调整对象，也基本上构成了现代商法体系及其所包含的主要内容。而民事主体相对于商主体而言则要简单得多。

第(3)个理由则仅仅说明了两者之间本来就存在的共性。不能以此作为中国采民商合一立法模式的理由根据。

第(4)个理由经过科学规划以后的民法体系与商法体系之间并不会导致立法的重复，在各自立法以后也不会导致法律适用上的困难。否则所有的私法规范均应包含于同一部民法典之中，而这显然是不可能也不必要的。实际上恰恰相反，民商分立反而有利于法律的适用，毕竟商法典会为具有特殊性的商法规范提供一般原则与理念并使相关制度更加完善。以德国为例，《德国民法典》与《德国商法典》在规范商事活动中，就起到了互为补充，互为适用的作用，这不仅有利于对商事活动的规范，同时对于提高人们的商法意识和法律意识也会起到积极的作用。它也说明，一国内的民法典与商法典在适用中并不会必然产生矛盾，两者的相互作用，只能促进国内经济和法制的发展，不会产生任何不利影响。德国的情况已经充分证明了这一点。

第(5)个理由所说的所谓“从身份到契约”，实际上只是近代民商法相对于中世纪民商法的发展轨迹而言。现代民商法则在具体人格等现代民商法理念的指引下，可谓恰恰走的是“从契约到身份”的道路。可见，这个趋势不会影响到民商的分立或合一的立法模式的选择，甚至会促进民商立法模式的完善。

第(6)个理由纯粹是对商法发展史的错误认识，实际上中世纪商人法兴起之时民法（罗马法除外）还远未形成。欧洲早期民族国家的立法中，商法乃先于或同步于民法而制定。法国、德国等国的民法典与商法典也都是相隔不远制定。在殖民地国家或地区引进其宗主国法律体系时更是不存在这种时间顺序。因此，在中国已经着手进行民法典的立法工作的情况下，更是应当从整个法律体系的完善出发考虑完善商法体系的制定问题。而历史经验证明，只有当一个国家的商业经济发展处于鼎盛时期之时，才是其民商事立法的最佳时期，因为立法是为经济发展服务的，反过来经济发展也会促使立法的进步和发展，经济生活出现的大量问题，恰恰给民商法的发展提供了肥沃的土壤。很难想象，一个经济十分落后的国家或时期，会产生出先进的法律制度和规则。而那种认为只有在民事立法得到充分发展后，才有可能出现商业立法的繁荣的观点，恐怕是迂腐，甚至是有害的，它会阻滞法制的发展，进而严重影响经济的正常发展。中国改革开放后出现的立法滞后问题，就充分说明了这一点。

第(7)个理由过低的评价了中国法学理论已经取得的成就。从目前法学理论研究情况来看，民法与经济法之间的关系在立法上本无纠缠不清的问题，在理论上也基本上理清了头绪，即民法与经济法是既对立又统一的关系，相互之间既有差别又有联系，二者作为规制市场交易和经济运行的互补互动的重要法律部门，是社会主义市场经济良性发展的重要制度保障。其价值差异是实质在于二者所追求的利益的不同，民法注重个体利益，经济法则注重社会整体利益。从二者的联系来说，经济法是民法的补充法，在市场经济和民法都能够自行解决问题的领域中，无需经济法的介入，只有事实明显地证明市场解决手段确实比公共选择手段

代价更高时，才需要选择国家干预。[注]并且即使民法与经济法的关系在立法上纠缠不清，也不会对商法的立法产生多大的影响。

因此，笔者认为，这七点看似非常有说服力的理由，实际上根本站不住脚。

所谓民商分立，其基本含义是指民法典与商法典自成体系，分别立法，各自调整社会经济关系中的民事关系与商事关系。由于自罗马法到法国民法典，私法与民法几乎是同义语，因此，有的西方学者将仅有民法典的私法体系称为“一元化私法体系”，而将民法典和商法典并存的私法体系称为“二元化私法体系”。二元化私法体系，既是民商分立的结果，也是民商分立的表现。关于民商分立体制的特点，我国有学者将其归纳为以下四个方面：[注]

(1)民法典与商法典并存。从国外立法来看，既有民法典先于商法典而立法的，也有商法典先于民法而立法的。但从中世纪末期欧洲大陆国家的情况看，商法法典化的起步一般要较民法为早。(2)民法与商法的地位和效力不一样。通说认为：民法是普通私法，或者说是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的基本私法，而商法属于民法的特别法。因此，民法与商法的关系，是普通法与特别法的关系。民法的原则和精神适用于商法，但在对商事关系进行调整时，商法优先于民法而适用。(3)在司法管辖权方面，民事案件由普通法院管辖，商事案件在一些国家归商事法院管辖。(4)在民商分立的内容方面，民法典一般规定总则、权利主体、权利客体、法律行为、时效、债权、物权、亲属、继承等制度；而商法典一般没有民法典那样系统全面的总则，并主要规定商人、商事公司及隐名合伙、商行为、票据、海商、破产、商业裁判权等制度。从调整范围的角度看，人身非财产关系是民法典的重要内容，但商法基本上不予涉及。以上这四点特征基本上概括了民商分立的基本特征。

在欧洲大陆法系国家，为何会在近代私法体系中出现民商分立现象，其直接根源于其调整的特殊的社会经济关系——商事关系的存在。此外，历史传统和各种现实因素也促成了这一现象的发生。民商分立，

既是当时社会经济关系的需要，也是立法者根据当时社会经济关系的特点构建近代私法体系的需要。具体可以从以下三个方面予以把握：(1)在近代各国制定、颁布民法典之前，民商分立实际上已经作为一种客观现实而存在。(2)民商分立也是由商法规范与民法规范的特殊差别决定的。(3)在中世纪的商业关系中，由于贸易倾向于采取严格的特许主义，商法的自立及与民法的分立便成为一种自然的历史现象。注

中国民法学界中主张民商分立的理由主要有：注

(1)现代社会虽然已经不存在中世纪那样的商人阶层，但是随着生产社会化程度的提高，企业已经取代传统商人的地位，成为商法的主体。

(2)企业在国民经济中具有举足轻重的地位。因此，有必要以商法作为企业的基本法，加强对企业组织及企业行为的法律规范。

(3)商事具有一些不同于民事的特点，即使实行民商合一体制，民法典也包容不了全部商事规范，还要在民法典之外再制定单行的商事法规。与其如此，不如继续坚持民商分立体制。

这三点理由是正确的。但我们还可以通过对私法一元化的局限性与私法二元结构的形成、商事交易的特点和民法理论的科学性、严谨性等角度的研究分析，来对这些理由予以补充。

首先，从私法一元化的局限性与私法二元结构的形成过程分析。

在自然经济以及简单商品经济条件下，社会分工与商品交换都处于较为简单的状态，由此形成的社会关系主要是人与人之间的支配关系（即人身关系）和人对物的支配关系（即财产关系）。与此相适应，私法制度也主要是以人身权制度和以所有权为主导的家庭财产制度（包括遗产继承制度）为主。即便是到了近代资本主义商品经济条件下，凡是平等主体之间所产生的财产关系和人身关系，均由民法规范调整。此时的民法与私法几乎成为同义词。当然这并不意味着商法就不存在。只是，那时商法没有被看作是一个独立的法律部门而是完全被包含于民法之中。这就是大陆法系国家的私法一元化的传统，即可以追溯到罗马私

法的民商合一的立法传统。究其原因，当是在自然经济以及简单商品经济时期，以营利为目的的商事关系并不发达，其与一般民事关系尚难区分，以统一的民法调整并不发达的商事关系也并无制度上的障碍。然而，商法的客观存在及其随着市场经济的发展而得到相应发展，并不以私法一元化思潮而转移。民法在漫长的历史发展演变中，固然已形成了极其深厚的文化积淀和精神底蕴，培育了博大精深的民法文化，使民法具备了巨大的社会适应性与包容性，并奠定了民法在私法体系中不可动摇的基础地位与核心作用，但同时，民法已经开始日益商事化，而且商事化后的民法也具有了更强的生命力和适应性，但民法仍然是民法，不可能变成商法，于是，民法就不可能再包含私法的全部。民法由于其价值目标所限，所能规定和确认的，只能是商品经济的一般原则和一般条件。商品经济的发展、交易手段的多样化必然使民法对于商品经济关系的确认和调整显得力不从心，具体制度供给必然会被其他私法部门所取代，私法一元化的格局也随之发生了改变。于是，商法就在新的时代背景下，重新焕发出其旺盛的生命力。商主体经历了由"行商"到"坐商"，再到以公司为典型的现代企业的演变；交易方式也实现了由物物交换向以货币为媒介的财货交换再到证券交易、期货交易和网上交易等现代交易形式的巨大转换；商主体所面对的市场也绝非狭隘、封闭的地区小市场而是统一的国际国内大市场，这一切都说明现代市场经济早已不同于商品经济还不是非常发达的19世纪中后期与20世纪初期私法一元化思潮泛起的时期。因此，在商业理念、商事交易手段及商事组织形式日新月异的背景下，企图以民法实现私法领域的完全调整也变得不现实了。事实上，即便是主张私法一元化的学者也无法否认在民法典之外另行制定诸如公司法、证券法、保险法等单行法的必要性。

其次，从商事交易的特点分析。

在谈到民商分立的理论依据时，有学者就商事交易与民事交易之比较作了详细探讨，列举了八点商事交易的特殊性，即：交易主体从自然人到公司；交易客体从特定物到种类物；交易目的从对标的物的实际利用到转卖营利；交易过程从"为买而卖"到"为卖而买";交易对价从等价到

不等价；交易链由短到长；交易特点从随机性到营业性；交易条件从任意到定型。基于此，商事交易所表现出的这些与民事交易的不同特点，蕴涵着商法与民法截然不同的理念，并要求有相应的不同于民法的特殊规范体系加以保障。(注)

这八点比较清晰地说明了民事交易与商事交易的区别及商事交易的特点。但是，这还不足以完全说明实行民商分立的理由。

再次，从民法理论自身的科学性、严谨性及其与商法的关系的角度分析。

应当说，民法在其长期的发展过程中确实形成了一套严密的概念和体系，但并非像某些学者所设想的那样，民法的学说和理论可以任意扩张适用于任何一个新出现的财产关系。譬如，商号权、营业权、商誉权以及股权等商事权利关系就不能用民法中的物权、债权、知识产权的有关制度加以调整，也不能由民法中的相关理论解释。如果将这些民法理论无法解释的权利称为新型民事权利，这样一来将使得原本缜密而严谨的民法理论体系遭到严重破坏。就商法规范而言，虽然不少直接或间接导源于民法的原则、精神甚或制度，但它们更能体现和适应现代商品经济的特征和要求。因此，可以说商法规范与民法规范之间的关系，仅在于民法规范乃商法规范之一般性与补充性的规定。诸如公司法、证券法、保险法、票据法、海商法、商业银行法等单行商法，都具有难以为民法所包容的特质，只能通过商法或单行法的形式表现出来。并且随着市场经济的进一步发展，市场交易形式的日趋复杂化，传统上由民法调整的许多领域都将制定单行法或将其纳入商法。这样，以现代企业为中心的商法体系就会超越民商合一论者的意志而产生、发展并日益发达、完善起来，而倾向于采取民商合一立法例的国家，却不能不在其原本希望能对私法关系做统一调整的民法典之外再另行制定各种单行商事法规。只要这些单行法大量存在，民法一元化事实上就不可能实现。况且，现在，不仅商法规范不能由民法典规定，劳动法等其他法律规范也越来越明显地表现出其独立性，从而逐渐脱离于民法典而单独存在。从

总体而言，独立于民法典而单独制定的这些单行法规，属于商法属性，这一点恐毋庸质疑，造成这种情况的原因是因其与民法体系不相协调的结果或者说乃其独立性及与民法的差异性日益增大的结果。(注)

总而言之，就社会实际情况而言，商法确实存在。实质意义的商法，在英美法系国家和民商分立的大陆法系国家自不待言；在民商合一的国家的民法典中，商法规范也有其独立的位置和体系，民法典必须确认商主体在特别法上的资格以及对商主体及其营业性商行为适用不同于民事主体的民事活动的特别法规则。就形式意义的商法而言，“民商分立”与“民商合一”国家的商事立法只是在其范围和表现形式上有差别，有的表现为商法典，有的表现为商事单行法，并且随着市场经济的发展在各个国家中商事单行法的数量日渐增多。因此，完全可以认为，就绝大多数国家而言，都有形式意义上的商法存在。

纵观民商分立与民商合一两种理论，不可能否认商法不同于民法的独立性和特殊性，使民法完全包容商法内容，由民法典来包揽一切；要将纷繁复杂的民商事法律规范均集中规定在一部民法典中，由民法典吞并商法，这种形式不仅使民法典的体系过于庞杂，而且由于商事关系极强的变动性和时势性，需要经常对法典进行修改或补充，将有损于民法典的稳定性和权威性。即使在民商合一国家，民法典之外也须制定单行商法，如瑞士的保险法就是采取单行法的形式。因此，采民商分立模式可能更加适合今天和未来的社会经济发展的趋势。当然，这也并不是说，只要采民商分立模式，就一定要制定一部所谓完整、科学的、统一的商法典，至于采用哪种具体的分立模式，关键还要与一个国家的国情相适应，盲目地追求所谓的完美，往往也是不现实和不利于发展的。

2、对商经合一论与商法特别法论的评析

商经合一论已经伴随着民法与经济法关系的厘清而彻底破产。商法特别法论实际上与民商合一并没有实质性的区别。它只看到了民法与商

法的联系的一面，却没有看到二者的区别与差异，更没有意识到商法在当代社会经济中的重要地位和作用。中国改革开放以来在经济生活中出现的诸如诚信危机、政企不分、国有资产流失等现象，均与中国缺少一部统一的商事规则有着密切的关系。商事主体法定、促进交易自由、维护交易公平、促进交易便捷与维护交易安全等原则，以及一些具体的商事交易规则，均是由类似于商法典的统一的商事通则予以规范的，这些原则和规则既是商主体从事商行为时所必须遵守的，也是调整商事关系的基本准则，而民法中是不可能对这些原则和规则加以详细规定的，如果缺乏一部商事总则性质的形式商法，而只有一些单行的法律、法规，不仅无法构建起中国的商法体系，更无法在全社会树立起对于商业的健康发展具有至关重要的、甚至带有根本性作用的商法意识和商法精神，社会上就永远无法真正形成尊商、护商的风气，中国的商业发展也将走不出所谓轮回、畸形的怪圈，“富不过三代”的梦魇也将永远伴随着中国。

3、对民商法典模式与民商法律总纲模式的评析

这两种模式从本质上说其内涵是一致的，都是要搞出一部试图“放之四海而皆准”的总法典。但这显然是不切合实际的空想。试想，如果要制定出一部带有所谓总法典或总纲性质的巨作，且不说其所要耗费的无法计数的大量的人力、物力、时间，国家是否具备这样的立法水平，即使勉强制定出来，能否得到很好的运作、贯彻、理解，其操作的可行性，时代的适应性，如需修改又当如何操作，等等问题就会接踵而来。这样的鸿篇巨制，恐怕是既前无古人，也是后无来者的。制作、运作、操作、执行、修改的成本恐怕是任何一个国家在立法时都不可能不考虑的一个重要问题。此外，众所周知，民法与商法本身就存在着诸多的区别和差异，如果将具有这么多区别和差异的东西硬要绑在一起，其体例如何编排，内容如何确定，将都是难以解决的问题；且不要说目前还找不到此模式的先例，没有任何经验可谈，就是能够找到先例，中国与他

们的国情是否有相通之处，这种模式是否适合中国等一系列问题仍然需要重新去研究，其间所耗费的精力和财力，又是无法统计的。所以，此说绝不可取。

4、对折中论的评析

若与其他几种观点相比较，折中论似乎更具有操作性和可行性。但是，它只说了一半内容，如果谈到立法模式，还应当有另一半的内容，即除了制定一部《商法通则》外，现行的和未来的所有商事法律、法规皆为中国商法体系的构成部分，而且，应该明确：《商法通则》即为中国商法总则，它是中国商法体系的核心，它与民法典及所有商事法律、法规共同构成中国完整的民商法律体系，它与民法典的关系是一般法与特别法的关系，凡是《商法通则》中对于商事主体及商事行为之未尽之规范，准用民法典的内容。

四、对中国商法立法模式构建的思考

笔者认为，欲科学地构建中国未来商法的立法模式，应当首先厘清以下几个问题。

1、是否要制定一部统一的与民法典并驾齐驱的商法典

有学者指出，商法典的使命是对商事领域的基本制度、基本原则作出系统性规定，通过法典编纂技术将相关商法规范予以体系化整理，使商法典成为商事领域的基本法。因此，既然可以制定《商法通则》等形式商法，就自然可以制定商法典。并且，之所以会产生制定商事通则的

想法，当是受我国特有的《民法通则》的影响，而《民法通则》的出台实际上是在当时特定的经济建设背景之下尚不具备制定民法典的必要条件的情况下的无奈之举，其法律适用上的弊端已是尽人皆知。因而在市场经济体制已经趋于完善的情况下，在商法领域当然不应再走《民法通则》的弯路。这样，问题就简化成商法典的体系问题以及以商法典为中心的整个商法体系问题。在商法典体系的内容取舍上，必然考虑到将哪些商法部门独立于商法典而单独立法，因此这两个问题实际上是密切关联的。(注)

对于此观点，笔者不能苟同。的确，笔者既支持商法的相对的独立性，也支持制订一部统一的具有商事总则地位的形式商法，以完善和健全中国的商法体系。但是，从现实的角度考虑，还是认为，在目前的中国仍然是搞一部《商法通则》比较切合现实和实际，其主要理由有：

（1）《商法通则》不同于商法典

《商法通则》无论在体例、涵括的内容、性质、地位等方面均与商法典具有很大的差距。在体例上，《商法通则》可能仅有一百余条，篇幅不会超过十章，而如果作为一部商法典则远远不止这些篇幅，特别是如果欲将其搞成与民法典并驾齐驱的法典的情况下，其篇幅是会大大超过《商法通则》的，其规模至少不能与民法典相差过于悬殊。在内容上，《商法通则》仅就商法中的原则性的、基本性的问题，以及在其他各商事单行法中无法集中体现的有关商事活动的通行的一些基本的准则，例如：商主体的基本形式和种类；商事行为与商事代理的构成；商业名称的取得、种类、商号权等；商事账簿的种类、内容和置备等；商事诉讼时效的适用范围、诉讼时效期间的起算、中断、终止和延长以及诉讼时效期间届满的法律后果等；商事责任的种类和承担方式等等。而商法典的内涵则除了上述的《商法通则》中所包含的内容外，至少还要包括：商法对于民法的适用；各类商事组织的基本规范；不能为合同法所包含或者不同于合同法之规定的各种合同的规定；商事登记的机关、范围和基本程序；各类商行为的基本规定；甚至，它还要将一些已经颁

布的商事单行法律、法规包括进来，如有关运输、仓储的法规等等。总之，它需要一个全面的、系统的、逻辑较为严密的有机的统一体。其内容会远远多于《商法通则》。在性质上，《商法通则》仅是民法典的特别法，它可以划入民法典的范畴之内。而商法典的性质则完全不一样了，它是一部完全与民法典并驾齐驱的国家的基本法律，无论其名称叫《中华人民共和国商法》也好，叫《中华人民共和国商法典》也好，其在性质上是与民法（或民法典）完全一样的。在地位上，《商法通则》不具有完全独立于民法典的法律地位，它是民法典下位法。而商法典则与民法典的法律地位完全一样，不存在谁附属于，在适用时谁参照谁、谁是谁的补充的问题。因此，两者是两个性质完全不同的法律。

但是，应该特别指出的是，作为整个的商法体系，与民法典则是可以比肩的，因为，它涵盖了商法的全部内容，无论在体例上、内容上、性质上与商法典无异，只不过在形式上不是一部集中的、严密的法典而已。因此，作为一个完整的商法体系其法律性质、在国家法律体系中的地位与民法典应该是完全相同的，根本不存在所谓一般法与特别法的关系问题，更不存在谁属于谁，谁适用谁的问题。因此，这里要特别明确的是：《商法通则》绝对不等同于整个商法体系，《商法通则》只是整个商法体系中的一个组成部分，根本不能涵盖和代表整个商法体系。

（2）《商法通则》不同于《民法通则》

《商法通则》的适用范围是社会平等主体之间的商事关系，而《民法通则》是适用范围则是适用范围是社会平等主体之间的财产和人身关系。《商法通则》是在中国对改革开放已经积累了丰富经验的30年以后制定的，无论是法制建设的成熟程度和社会经济发展基础都是与20年前颁布《民法通则》时的情形所不可比拟的，因此，现在再制定《商法通则》，是不会再走《民法通则》的弯路的。因为已有较为成熟和成型的民法典作为立法的基础，其与《商法通则》的制定也不会产生太大的矛盾，因为，前面已经走过了前人没有走过的道路。《民法通则》制定的前提是在中国的法制建设和现代化经济建设刚刚起步不久的时期，尚无

形成一整套现成的法律体系，《民法通则》实际上起到了民法典和商法典的共同的历史作用，具有开创性的功能；而《商法通则》则是在已经具备了民法典的基础上，制定的一部民法典的特别法，其作用仅仅限于商事领域中的基本的法律问题，一些具体的制度规范已经完整地体现在一系列早已颁布的商事单行法中，因此，不存在要对具体制度的创新、完善进行指导、引领的作用，其更多的内容是对现行的制度的确认、发展和延伸。因此，两者是不能等量齐观的。

（3）《商法通则》是民法典的特别法

前面已经讲过，《商法通则》乃民法典的特别法，凡是民法典已经规范了的有关民商事通用的原则、制度、规则，如合同制度、担保制度、民事法律关系体系等等，《商法通则》均无必要予以重复的规定，其必须规定的应当是那些民法典中尚未规定，或者民法典无需，或者本不属于民法典调整范畴的内容。如商法特有的基本原则、商法的适用范围和适用规则、商主体、商行为的基本形式和类型等等。但是，还应当重申的是：作为一个商事立法集合体的商法则不是民法的特别法。

2、中国商事立法模式的理性选择

从当今世界商事立法的现实与趋势来看，主要是民商分立，而不是民商合一。就一些主要资本主义国家来看，绝大多数都是实行民商分立的。在欧洲20多个主要资本主义国家中基本上都是实行民商分立立法模式，如法国、德国、奥地利、比利时、葡萄牙、西班牙、卢森堡、爱尔兰、列支敦士登、希腊等国均属此类。在美洲和大洋洲20多个主要资本主义国家中，有美国、阿根廷、巴西、墨西哥、智利等10多个国家制定有商法典。在亚洲20多个资本主义国家中，即有日本、韩国、伊朗、土耳其、印度等10多个国家实行民商分立。在非洲也有20多个国家实行民商分立。

早期主张民商分立者都主张制定单独的商法典。但是，随着社会经

济的发展，近来商法学界似乎倾向于淡化民商法典分立的必要性与可能性，即淡化商法形式上的独立，而注重商法体系上的独立性。这表明民商分立论已由形式商法主义向实质商法主义转变。事实上，现代意义上的民商分立已经超越了传统民商分立的范畴，即民商分立并不意味着需要制定一部鸿篇巨制的商法典，传统商法典的老化、陈旧及其他弊端已是有目共睹。商法通过大量的商事单行法而存在是当代商事立法的重要表现形式，也是民商分立的新形式。但是，不管商法是否有必要制定商法典，都不应过高地估计传统民商合一体制的优越性，而应当看到从基本理念与基本原则上都明显不同于民法的商法或实质意义上的商法独立于民法而存在的价值。尽管包括我国台湾地区在内的许多国家和地区都实行民商合一的立法例，但是如果我们对其民法典及其他私法体系加以考察，就会发现所谓民商合一实际上只不过是没有形式商法（商法典）存在而已，大量的单行商事法规并未被"合一"而成为民法典的组成部分。并且，就这种私法一元化思潮下的立法模式的法律适用而言，也并未起到民商合一论者所鼓吹的便捷与统一的效果。正如比较法学家达维德所指出的："某些国家提倡或实现了民商法合一，在我们看来其重要性同样的有限"。达维德还认为：尽管在很多国家民法已经商事化，法典编纂工作使商法失去了它过去完全不同于民法的国际性，但民法与商法在立法上的统一几乎只有形式上的意义。其原因有二：其一，在许多国家（如瑞士、意大利、荷兰），民法与商法在各大学依然构成不同课程的内容，分别由法学家讲授；其二，商法正在变成受政治与社会方面的考虑支配的经济法，这表明在这里公法与私法密切地交织在一起。[注]

从中国的立法实践看，2002年12月23日经全国人大常委会审议的我国民法典草案，以民商合一立法模式为出发点的整部法典，实际上除了合同法部分有针对商主体而制定的几个条款之外，根本找不到基于商法的独立性与特殊性而制定的相关总则性规定。因此，从立法上看，中国的立法者客观上已经在为制定一部统一的商事总则性质的法律铺垫了道路。再从实践上看，自中国改革开放以后，在纵横二元经济关系的模式下，商法曾被经济法所"吸收"。随着市场经济体制的逐步建立，《公司

法》、《海商法》、《保险法》、《票据法》、《商业银行法》、《证券法》、《信托法》等重要商事单行法终于相继颁布，从而开辟了我国商法制度建设的新纪元。但是，这些商事立法是在商法理论准备严重不足的情况下制定的，许多立法本身就存在诸多先天不足。而我国法学界私法一元化的倾向又日益明显：不仅传统的民法学者否认形式意义上的商法存在的必要性，甚至许多商法学者也怀疑乃至否认其必要性，而主张以民法典附带相关单行法的立法模式。即便是主张制定形式意义上的商法的学者，面对占绝对优势地位的民商合一论者，在关于商法立法模式的态度上也表现得极为谨慎。譬如，在关于民商法的立法模式上，作为起草我国《民法典》专家组重要成员的著名民商法专家江平教授即认为："在我们起草过程中，大家都认为中国不需要再单独搞商法典，这个我完全赞同。但是，要不要制定一个商事活动的通则，我个人认为还是有必要的。从深圳最近搞的商事条例来看，应该说它的效果还是比较好的。对于商事权利，包括商业账户甚至包括商事人格权，特别是对于商事代理活动，如果有一个统一的规定，应该是更合适的。"[注]江平教授还在其一篇学术论文中更加明确地提出："认识民法与商法的关系必须坚持两点论：一是民商融合是趋势；二是民商仍有划分的必要。就立法体例而言，形式上将已经颁布的诸如公司法、票据法、海商法、保险法再统一到一部商法典中确无必要，因此，让它们依然按照商事单行法的模式继续存在自然是顺理成章的。就商法总则而言，有两种模式：一是在民法典中规定，完全实行民商合一；二是在民法典之外另立一部商事通则，依照当初《民法通则》的模式，将有关商事总则的内容加以规定。我个人认为采取第二种模式更为简便可行，如把它们放在民法典中会显得过分累赘，不能突出商法的特征。"[注]由此可见，江平教授还是主张制定形式意义上的商法的。事实上，这种观点近年来逐渐在商法学界取得了共识，商法通则的立法问题被确定为2004年中国法学会商法学研究会年会的中心议题，便是力证，不少学者就此撰写了专题论文以阐述其商法立法模式的观点。[注]

一些学者对实行"私法一元化"的弊端作了较为深入的研究，概括

了“私法一元化”的四点弊端：其一，“私法一元化”客观上制约了商法学理论的形成和发展；其二，“私法一元化”严重制约了商人精神的培育和商人素质的提升；其三，“私法一元化”有碍于商事制度的供给；其四，“私法一元化”制约商人制法的进程。[注]

综上所述，私法一元化已经与现代市场经济体制不合，因而中国应当采取民商分立的私法二元结构。那么，具体的商法立法模式又应当如何构建呢？至于说日益复杂的商事法律关系决定了将所有的商事法律都纳入到《商法典》中，几乎是不可能的事，事实上这样做也是完全没有必要的。民商分立并不意味着需要制定一部鸿篇巨制的商法典，毕竟商法典作为商事领域的基本法，必然可以也需要商事单行法或商事特别法的同时存在。综观各国商法典，从来就没有将所有商事法律都纳入法典的先例，而是在商法典之外再另行制定单行商事法律。而这一做法既属各国立法惯例也是当今世界商法的立法趋势。

有学者认为，中国仍应坚持民商合一的立法模式，在法律规范的体系上，只制定统一的《民法典》和单行的民事与商事法规。立法上并不制定统一的商法典对商事关系进行综合调整，而是强调《民法典》对整个民商事关系的指导与统帅作用，将商事关系作为一种特殊的民事关系来对待和调整。[注]事实上，这种认识纯属对民商合一与民商分立模式的误解。如上所述，民商分立并不否认民法的基础指导作用与补充作用，恰恰相反，许多国家或地区的商法典中还对此作出明确规定。此外，我们还应注意到经济发展对于商法立法上的要求，以及两大法系日益融合的趋势。

如果仔细考察一下民法典的体系结构，就会发现以企业内外部关系为规制中心的商法也完全可以形成其法典化的逻辑结构。德国法系的五编式民法典结构，一般制定有总则、债权、物权、亲属、继承等五编内容相互关联又相互区别的规范体系。单纯就总则之外的四编内容而言，似乎并无实质关联，完全可以单独存在，但是因其共同调整财产关系与人身关系，从而得以在抽象出的共同原则的基础上形成一个整体。由此

可见，只要有一个能够使各主要规范类型相互关联而成为一个整体的因素，即可将这些不同类型的规范合并为一个法典。因而，制定出一个涵括商法基本规范的商法典并无理论上的障碍。

基于以上论述，笔者认为，本着实事求是的态度，在现代社会中，民法与商法之间有着千丝万缕的联系，没有民法，商法将陷于瘫痪；没有商法，民法对社会生活的调整也是有缺陷的。二者相辅相成，缺一不可，不可能完全人为地割裂开来。中国应采取私法二元结构的立法模式，即采取具有了中国特点的民商分立的立法模式，在《民法典》之外再单独制定一部相对集中的带有商事总则性质的法律。不过，为维持全部法律体系的统一与立法上的经济原则，在该部法律中不必将所有涉及商事关系的一般规则都无一遗漏地规定，仍然要注意对民法一般规定的合理适用，但是，对于明显区别于一般民事关系的特殊商事关系的调整规范，则应予以尽可能全面地规定。也就是说，在《民法典》之外，我们还应制定自成体系而又明确规定以《民法典》为补充的《商法通则》。其理由如下：

第一，笔者主张，在民法典之外不另立独立之商法典，并不是要否认商法的存在，恰恰相反，这种模式的设计至少有以下四点好处：

首先，适应了当今世界商法的立法趋势——没有将所有商事法律都纳入法典，而是在商法典之外再另行制定单行商事法律。

其次，尊重了中国的立法传统——所谓不再制定一部与《民法典》完全抗衡的《商法典》。

再次，不仅没有打破中国现行的商法体系——目前主要由一系列单行法律、法规构成的商法体系，而且还制定出了一部统帅这些分散的单行法律的商法总则性的基本商事法律。

最后，顺应了中国经济发展的需要，为中国商业经济的进一步稳定、健康的发展，提供了法律的保障。

第二，制定《商法通则》可以解决一些困扰民法典的问题。民法中

的主体制度一般采取自然人和法人的两分法，在理论与实践中都有其局限性。例如，合伙是否为一类独立的民事主体，在民法上仍悬而未决；但合伙作为商主体却是没有疑问的。又如个人独资企业既不是法人也不是自然人，其法律地位如何，在民法上不无疑问；但却可以在《商法通则》中予以明确。

第三，在现实条件下，在民法典中规定商法规范无疑会加大中国民法典制定的难度。所以将商事关系中具有共性又不同于民法的一般规定集中起来，制定一个总则性质的《商法通则》应该是一种有效率的制度安排。事实上我们也看到，在《中华人民共和国民法（草案）》中根本就没有关于商法的一般性规定。

第四，建立《商法通则》加单行法的立法模式，兼具原则性和灵活性，有助于形成商法开放的体系，有利于商法适应剧烈变动的社会经济生活的现实的需要，得以充分发挥商法的积极效力。

第五，制定一部《商法通则》可能更加符合中国立法机关的意愿，将有利于尽快完善中国的商法体系。

众所周知，在立法实践中，中国的民商立法体系在较近的时期内，是不可能轻易改变所谓民商合一模式的。该模式不仅已经在中国一些有影响力的民商法学者的头脑里根深蒂固，而且也得到了中国最高立法机关的高度认可，因此，欲在短期内改变这种模式是不可能的。为了能够尽快实现完善中国商法体系，促进中国商业的发展，保护中国商主体的权益，实现中国与国际商法的尽快接轨，在国际上维护中国的利益，笔者认为，作为那些迫切希望中国商法体系尽快完善，中国的形式商法能尽快出台的商法学者们，应该采取立足现实，脚踏实地的工作作风，在为中国商法的未来去呐喊、去呼吁、去奋争的同时，不妨采取更多的务实的心态，以不贪图大而全，只追求精而实的精神，以为中国商法的发展铺垫好一块一块坚实的台基石的精神，去做我们能够做到也应该能够做到的事情。

第六，有利于中国理论界结束长达近半个多世纪的无休止的争议。

中国在清朝末年和中华民国初期实行的是民商分立的立法格局。但国民党政府奠都南京后，当时的立法院为求商事法律易于修改，以适应新兴工商业的发展，在民商法典的制定方面，主张采取民商合一模式。1929年《中华民国民法》第一编总则公布后，由立法院院长胡汉民等人向国民党中央政治会议第183次会议提交了一份关于制定民商统一法典的提案，政治会议审查通过了该提案，并从八个方面进一步阐述了采用民商统一法典的理由。这对中国法学界的影响非常深远，在中国改革开放的历史条件下，大陆学者又陷入了“民商合一”和“民商分立”旷日持久的争论，其实，现在主张“民商合一”观点的许多学者，其论点、论据并没有超过该提案的八点理由。中国如果制定了《商法通则》，就会结束理论界长达半个多世纪的无休止的争论，使理论界集中精力研究中国民法、商法和经济法的现代化和协调发展问题。

第七，有利于丰富和繁荣中国商法学的研究成果。“民商法一体化”的观念，制约了中国商法学理论的形成和发展，使人们忽略了对商法基本范畴、基本理念、基本价值、基本原则和基本制度以及商法其他基本理论问题的研究，扼制了商法学者的主观能动性，导致了商法学研究的停滞不前。中国如果制定了《商法通则》，就会大大激发商法学者的研究热情，进一步丰富和繁荣中国商法学的研究成果。

第八，有利于树立和增强人们的商法意识与商法观念。中国如果制定了《商法通则》，就等于采用了“私法二元结构”的立法格局，商法独立部门法的地位就会得到正式确定，与此相适应，商法有别于民法的调整对象、内在本质特征和外部清晰边界等基本理念以及商法独特的调整机制、法律属性、价值取向、基本原则、构成体系就会呈现在世人面前，人们自然会树立起独立的商法意识和商法观念。

第九，有利于统一协调中国现行的单行商事法律。面对“民商合一论”和“民商分立论”的激烈争论，中国立法机关采取了非常实务的立法态度，即随着社会主义市场经济改革取向的确立，相继颁发了《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《合伙企业法》、《证

券法》和《个人独资企业法》等一系列单行的商事法律。由此可见，中国现行商事立法采用的就是单行商事法律的模式。但由于对商法缺乏科学的认识和合理的界定，中国颁行的各种单行商事立法具有一定的应急性和盲目性，在系统性、科学性、前瞻性和国际性方面还存在一定的不足，而且它们之间还缺乏相应的协调性和统一性。《商法通则》的制定，可以适应中国商事立法模式和制度的创新，不仅有利于实现对商事关系的基本调整，统率中国现行的商事立法，改变中国商事立法群龙无首的现状，而且有利于进一步协调统一中国的商事立法，使其沿着正确的方向健康地向前发展。

第十，有利于促进中国市场经济的大力发展。在欧洲中世纪，商人进行了一场“商业革命”，在这场“商业革命”中，商品经济飞速发展，商人阶层逐渐形成，为了保护自身的特殊利益，不被封建主和教会所压迫，在政治上取得自治地位的商人便为自己制定了商人法，并使之成为一种独立于封建庄园法和教会法的商人法。正如西方学者所言：“商业革命有助于造就商法，商法也有助于造就商业革命”。在中国大力发展市场经济的条件下，制定《商法通则》有利于重塑商人观念、提升商人素质、弘扬商人精神，进一步促进中国工商业的繁荣和市场经济的飞速发展。

3、制定《商法通则》的时机与条件

从目前的情况来看，中国制定《商法通则》的时机已经成熟、条件基本具备，主要表现为：(1)中国已经颁行了大量单行的商事法律、法规和规章，为制定《商法通则》奠定了坚实的立法基础；(2)中国已经审理了大量商事案件，为制定《商法通则》提供了相应的司法经验；(3)中国已经加入了ＷＴＯ，为制定《商事通则》提供了可资遵循的国际准则；(4)中国的市场经济得到了迅速发展，为制定《商法通则》打下了一定的经济基础；(5)中国商法学界形成了不少卓有成效的科研成果，为制定《商法通则》奠定了一定的理论基础。

4、中国《商法通则》的体系结构

综上所述，笔者认为，中国《商法通则》的结构大体如下：

第一章 总则，规定商法的适用范围、基本原则和适用规则；

第二章 商主体，规定商主体的基本形式和种类；

第三章　商行为与商业代理，包括商事行为与商事代理的构成、一般商事行为和特殊商事行为等；

第四章 商业登记，包括商事登记机关、登记范围和登记程序等；

第五章 商业名称，包括商业名称的取得、种类、商号权等；

第六章 商业账簿，包括商事账簿的种类、内容和置备等；

第七章　商事诉讼时效，包括诉讼时效的适用范围、诉讼时效期间的起算、中断、终止和延长以及诉讼时效期间届满的法律后果等；

第八章 商事责任，包括商事责任的种类和承担方式等；

第九章　　附则，包括商事部门法的范围及其制定、有关术语的含义、生效时间和解释机关等。

在法律的适用上，我们应当坚持商法优先适用，民法一般适用和补充适用的原则。其一般规则是：在商事关系的调整中，优先适用《商法通则》和商事单行法；《商法通则》和商事单行法未规定的事项，适用企业章程或合伙协议；企业章程或合伙协议未作规定的，适用民法。

在《商法通则》与单行商法之间的协调问题上，其解决的前提是必须明确《商法通则》的体系及其具体内容。既然已经明确《商法通则》乃商法领域之基本法，其理应成为单行商法的一般指导，并构成单行商法规范的一般规定与补充规定。这样，以《商法通则》为中心并使《商法通则》成为统摄性法律文件的全部商法规范就形成了一个具有有机联系的、形式严密的体系结构。

综上所述，中国市场经济的改革取向和飞速发展，为中国商事立法的出台和商法学的发展提供了良好的机遇。我们坚信，随着中国全面科学发展观的进一步实施，经过商法理论界和立法机关的共同努力，一个人类社会未曾有过的、标志着中国商法独立地位已经确立的《中华人民共和国商法通则》必将呈现在世人面前。其法律位阶应当与1985年的《民法通则》一样，即由全国人民代表大会表决通过。

（原载于《法学评论》2008年第1、2期）

---

1. [美]艾伦·沃森：《民法法系的演变及形式》，李静冰等译，中国政法大学出版社1992年版，第150页。
2. 参见范健：《德国商法》，第17页。
3. [日]松波仁一郎：《日本商法论》，秦瑞玠、郑钊译述，中国政法大学出版社2005年第1版，第5页。
4. 参见谢怀栻：《大陆法系国家民法典研究》，《外国法译评》1995年第2期。
5. 转引自费安玲：《1942年意大利民法典之探讨》，《民商法论丛》，第10卷，法律出版社1998年版。
6. 转引自季立刚：《民国商事立法研究》，复旦大学出版社2006年第1版，第125—127页（注释）。
7. “修订法律大臣沈家本等奏议复‘朱福诜奏慎重私法编别选聘起草客员'折”,《政治官报》光绪三十四年十月十五日第373号。
8. 何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第240-241页。
9. 同上注，第241页。
10. 《修订法律大臣沈家本等奏议复“朱福诜奏慎重私法编别选聘起草客员”折》”,《政治官报》光绪三十四年十月十五日第373号。
11. “编纂民法之理由”（草稿），载第一历史档案馆藏：《修订法律馆全宗》(524-10-1)，第七档。
12. 王去非：《商律法典存废之将来观》，《法律评论》1925年第109期。
13. 王去非：《商律法典存废之将来观》，《法律评论》1925年第109期。
14. 同上注。

15. 伍渠源：《民商各法宜统一论》，《法律评论》1928年第267期。

16. 《民商统一法典提案》，方俊杰：《最新商事法论》，庆业印务局1938年版，第345-346页。

17. 见《民商法划一提案审查报告书》，立法院秘书处编辑：《立法专刊》，第1辑，1929年9月。

18. 施霖：《民商法合一之理由》，《现代法学》第1卷第9期，世界书局1931年版。

19. 参见〔日〕我妻荣：《中华民国民法债编总则论》，“序论”，洪锡恒译，中国政法大学出版社2003年版。

20. 参见胡长清：《中国民法总论》，商务印书馆1935年版，第29页。

21. 参见江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，第57页；梁慧星、王利明：《经济法的理论问题》，中国政法大学出版社1986年版，第117—122页；马俊驹、余延满：《民法原论》（上），法律出版社1998年版，第38页。

22. 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》,《中国法学》1996年第5期；左海聪：《商事法的几个基本理论问题》,《法学评论》1996年第3期；屈茂辉：《论当代中国商法的性质、地位和体系》,《法学家》1998年第4期；赵万一：《商法基本问题研究》，法律出版社2002年版，第113页。

23. 王明锁：《论中国民商立法及其模式选择》,《法律科学》1999年第5期。

24. 余能斌、余立力：《制定“民商法律总纲”完善民商法律体系》,《武汉大学学报（社会科学版）》2002年第6期。

25. 汪渊智、王继军等：《市场经济条件下的民商法与经济法》，人民法院出版社、中国社会科学出版社2003年第1版，第205页和第226页。

26. 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，《中国法学》1996年第5期。

27. 同上注。

28. 参见江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，第57页。

29. 参见王有志、石少侠：《民商关系论》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），上海人民出版社2002年版，第93—94页。

30. 以上论点可参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第116—118页。

31. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年第1版，第135页。316

32. 转引自郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》1996年第5期。

33. 江平、梁慧星、王利明：《中国民法典的立法思路和立法体例》，载http：www.lawintime.com.

34. 江平：《民法典：建设社会主义法治国家的基础——专家学者谈中国民法典的制定》，《法律科学》1998年第3期。

35. 参见石少侠：《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》,《法制与社会发展》2003年第5期。中国法学会商法学研究会编：《中国商法学刊》，第4卷，黑龙江人民出版社2005年版，第71—217页。

36. 参见冯果、卞翔平：《论私法的二元结构与商法的相对独立》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），上海人民出版社2002年版，第131—133页。

37. 参见赵万一：《商法基本问题研究》，法律出版社2002年版，第116页。

论中国“商法通则”的体系结构
——附：中华人民共和国商法通则草案建议稿

一、中国商法的体系结构

欲研究中国商法通则的体系结构，首先应当研究中国商法的体系结构。

在大陆法系国家中，绝大多数都已制定了商法典，以商法典为中心的商法规范也形成了内容较为完备的商法体系。进入20世纪之后，尤其在20世纪下半叶，现代商法在体系上打破了传统商法的格局，它已不再局限于商主体法和商行为法两个方面，而是形成了商事身份法、商事组织法、商事管理法、商事行为法、商事秩序法这样一个商法体系。商法已不仅仅涉及商人身份，更规定了商事经营机构的组织程序与结构，如企业法、公司法等以更加完整的形态加入到商法的行列之中。商法不仅确认了商行为的种类、范围、法律效力，而且规定了对行为者和行为本身的管理措施，如证券交易法、期货交易法、产品责任法、消费者保护法、工商经营权利保护法等。此外，建立理想和完整的商事法律秩序也成为商法的一项主要内容。为此，许多国家都制定了与完整形态的市场秩序相关的反不正当竞争法、反垄断法以及其他的商事责任法、商事制裁法、商事仲裁程序法等。

二、两大类模式的商法体系结构

从世界的角度看，各国的商法体系又有民商分立国家与民商合一国家之分别。

（一）民商分立国家的商法体系结构

在民商分立国家，商法典即为关于商主体法和商行为法的系统性规定，由于商法典的不完全性，往往还制定了公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法。一般来说，规定于商法典的商主体法和商行为法涉及商行为种类、资格之取得及效力、商号、商事账簿、商事运输、商事仓储、商事代理、商事行纪等基本问题以及在公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法中特别规定的有关问题。一般来说，一国商法典的体系结构基本上反映了该国商法的体系结构。如现行的《德国商法典》分为五编：第1编为“商人的身份”，下设商人、商业登记簿、商号、经理权和代办权、商业辅助人和商业学徒、代理商、商事居间人等七章；第2编为“公司和隐名合伙”，下设无限公司、两合公司、隐名合伙等三章；第3编为“商业账簿”，下设对所有商人的规定、对资合公司的补充规定、对登记合作社的补充规定、对保险企业的补充规定、私人提出账目委员会及提出账目咨询委员会等五章；第4编为“商行为”，下设一般规定、商业买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业、仓库营业等六章；第5编为“海商”，其具体内容另行刊载。很明显，德国商法典尽管规定得较为全面，但未涉及任何票据法、破产法、保险法的内容，有限责任公司法、股份有限公司法、合作社法、有价证券法、银行和交易所法、证券保管法、保险法和反不正当竞争法等内容也未包含于商法典中，而是以单行法的形式出现的。

《法国商法典》于1807年颁布时分为商事总则、海商、破产及商事

法院等四卷，共计648条，内容较为完备。但《法国商法典》绝大多数条款目前已被废除或修改，继续有效的仅140条。现行《法国商法典》的条款涉及商人、商业会计、商品交易所、居间商、质押和行纪商、商行为证据、汇票和本票、商业时效以及商事法庭。但现存条款对这些方面的规定大多很原则，有的仅有个别条款，已远不能适应实践的需要。因此，在当今法国，大量的商事立法，包括在上述这些商法典已涉及方面的立法，如票据等，以及有关商事公司、商业登记、海商、破产、银行、有价证券、商事租约、营业资产等方面的法律，均未正式编入商法典。

《日本商法典》采用了总则、公司、商行为及海商等四编的体系结构，规定了公司法、票据法、海商法的内容，又规定了买卖、交互计算、隐名合伙、居间营业、行纪营业、承揽运送业、运送营业、寄托、保险等商行为，但却未涉及破产法。尽管《日本商法典》的内容较为完备，但仍不足以调整纷繁复杂的商事法律关系，立法者还是制定了许多单行商事法规用以修订商法典。其中以法命名者即有30余件。

《韩国商法》受日本商法影响很深，商法典的整体框架基本上与日本商法典保持一致，只是根据其具体情况及纳入美国影响圈的现实，作了适当的调整。

《澳门商法典》的体系与大陆法系其他国家传统商法典体系差异较大，具体分为四卷，即经营商业企业之一般规则、合营企业之经营及企业经营之合作、企业外部活动及债权证券。其具体内容包含了公司法、票据法的详细规定，但却对海商法和破产法未作规定，而大量的条文规定的是各种商业债、寄售合同、供应合同、行纪合同、承揽运输合同、代办商合同、商业特许合同、特许经营合同、居间合同、广告合同、运送合同、一般仓储寄托、旅舍住宿合同、交互计算合同、回购合同、银行合同、担保合同、保险合同等合同法的内容。

由此可见，在民商分立国家或地区，尽管编纂了体系化的商法典，但各国商法典体系却差异较大。并且与民法典不同的是，商法典只是对

商法基本问题做了规定，大量商法规范乃规定于单行商法之中。因此，在研究时绝不能仅仅局限于通过对属于近代商法性质的各国商法典的考察来把握各国的现代商法的体系，而是要对其所有商事立法有一个全盘的研究，特别是那些数量繁多的商事单行法。

（二）民商合一国家的商法体系结构

在民商合一国家，由于形式商法的缺失，没有商人与商行为的特别界定，因而没有所谓主体法与商行为法的区分。但是，各国都无一例外地在民法典之外制定了公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法或称之为民事特别法。而这些单行商法则仍可从商事组织法与商事行为法角度去把握。

在英美法系国家，商法的体系与大陆法系的商法体系的内涵与外延实际上并不一致。一般来说，英美法系国家的商法体系包括商事买卖、商事合同、商事代理、公司法、合伙法、破产法、担保法、保险法、票据法等。但实际上，在英美法系国家，商法体系实无严格的界定。如英国商法体系主要包括合同法、代理法、合伙法、公司法、商买卖法、竞争法、票据法、担保法、保险法、知识产权法、破产法和仲裁法等。[注]美国《统一商法典》实际上是一部规范买卖契约行为的法典。[注]可见，英美法系国家的商法体系实际上就是市场交易法律体系。

综上所述，我们可以认为，商法从来就没有一个统一的经典的体系和公认的范围。因此，中国完全可以超越于两大法系的现有商法体系，构建出一个科学合理的、具有中国特色的现代商法体系结构。

三、商法的立法体例考察

从世界范围看，在商法典的立法体例中，有主观主义、客观主义和折中主义三种立法例。所谓主观主义立法例的主要特点是：以商人观念为基础来构建商事法律体系。商行为是指经营商人的营业的一切行为，也就是说只有商人实施的行为才能成为商行为，从而适用商法；同一性质的行为非商人为之，则不能成为商行为，从而不能适用商法。㊟客观主义立法例的主要特点是：以商行为观念为商事立法的基础而确立其商事法律制度，只要行为人的活动属于商行为的性质，他就是商人，就适用商法。折中主义立法例则以商人观念与商行为观念相结合作为商法立法的基础，商人所为的行为可推定为商行为，从而适用商法；非商人所为的行为，只要属于基本商行为范畴，亦可认定为商行为，从而适用商法。

这三种立法体例各有其特点。实行主观主义立法例的国家，虽以商人为商行为的唯一主体，但是，往往会通过司法解释扩大商人范围。譬如，德国法学界及司法实践中依《德国商法典》第5条关于拟制商人的规定，通过扩大解释创设了表见商人概念，从而使得本不能认定为商行为的非商人实施的行为也可归入商行为范畴。客观主义立法例以商行为为立法中心，而商行为的限定又极为宽松，从而使得只要从事营利性活动并以之作为经常性职业者均可适用商法。法国即采此立法体例，《法国商法典》第109条规定："对于商人，商行为得以一切方式予以证明，但法律另有规定的除外。"折中主义立法例则兼以商人与商行为为中心加以规制，既解决了主观主义立法例下某一行为应界定为商行为但其主体却不属于商人从而难以适用商法的尴尬，又使客观主义立法例下商行为难以界定的困惑获得解决。很明显，客观主义立法例具有确定上的弊端，主观主义立法例与折中主义立法例则克服了这一弊端；同时，折中主义立法例既吸收了主观主义立法例的优点，又克服了其局限于商人而使商法的适用受到不合理限制的缺陷。因此，中国的商法的理论构建不应采客观主义立法例与主观主义立法例，而可以采折中主义立法例。但在我们所构建的商法体系中，基于企业在市场交易主体中处于绝对优势地位，我们可以将商主体限定于企业的范围之内，即自然人并不能以其

个人名义从事居间、行纪等属于商行为性质的业务，而必须通过组建相关组织而以该组织的名义从事该业务。这些组织尽管可能以各种名义出现，但从其营业性质而言，当可归入企业范畴。当然，这种“企业”的含义要大大地宽于狭义的企业范畴。根据中国的现实需要，一些带有特殊地位的拟制商主体，同时可以成为商主体的范畴，而加入到商主体的行列。例如，个体工商户、农村承包经营户等，均可依法获得商主体的资格。由此可见，中国商法立法例是一种不同于传统商法立法例的新型的带有中国特色的立法例。

四、中国商法体系研究现状

总的来说，中国的商法起步较晚，属于一个新兴的法律部门，国家的商事立法也不尽完善。因此，对于商法体系的研究也很不成熟。仅从现有的资料看，中国商法学者对于中国商法体系的研究，概括起来主要有两种观点：一是认为中国商法体系主要应当包括：商主体、商行为、商事营业、商号、公司法、证券法、保险法、破产法、海商法。注二是主张商法的体系由商主体法、商行为法、商事权利救济法三部分构成。商主体法，包括公司法、独资及合伙企业法、代理商法、破产法。商行为法，包括商事合同法、期货法、融资租赁法、信托法、担保法、票据法、保险法、海商法。商事权利救济法，包括商事法律责任、商事仲裁与商事诉讼。注

另外，若从中国已经出版的各种教科书中关于商法体系的考察看，中国的商法理论已经形成了这样的经典结构，即：在商法的一般规定之后，设公司、票据、海商、保险、破产几个部分。所不同的就是在这个体系结构基础上的添加或减少而已。对于这样的体系的合理性，不少学者提出了质疑。譬如，有学者即提出了以下疑问：”公司、票据、破

产、保险、海商是不是就是商法的固有范围？保险法为商法，为何银行法不为商法？海商法既为商法，航空、铁路等运输法为何不为商法？票据既为商法所调整，信用证为何不为商法所调整？”[注]已经有学者指出，从立法角度看，中国的商法体系已经初露端倪。市场主体立法方面，已经制定了《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》等单行法律；为满足市场主体主要类型的公司通过市场筹集资金并满足市场主体投资需求，已经制定了《证券法》；市场主体要从事市场交易则制定了《合同法》；合同履行时必须结算则制定了《票据法》；票据支付不能，目前有了《破产法》；破产加剧交易风险，目前有了《保险法》；国际间的商品交易往往通过海上进行，目前有了《海商法》。而这些商事法律之间具有明显的内在逻辑联系。[注]

另有学者已经就商法典的体系作了相对较为具体的理论设计，即“在海商、保险、公司、破产、票据诸法‘另立门户’之际，应该以买卖法为中心来建立我国商法体系，制定《中华人民共和国商法》。它应该是规定关于商人各种制度的商组织法和关于商行为各种制度的商行为法的组合。其体例可设：总则（含调整对象、基本原则）；商人（含商个人与商组织、商业登记、商业账簿、商号、商业使用人、商事代理）；商行为（含买卖、期货买卖、租赁买卖、分期付款买卖、拍卖、交互计算、合伙、居间、行纪、承揽、租赁、寄托、仓储、运输等）；责任（即罚则，含商事责任、行政责任、刑事责任）”。[注]

更有商法学者对我国商法典编纂时的体系安排提供了一个大体框架：“这个体系由五个部分组成，第一部分总则；第二部分市场主体法；第三部分市场行为法；第四部分救济；第五部分附测。总则一般应包括宗旨、原则、解释、适用等；市场主体法应包括市场主体的一般规定、公司、独资及合伙、代理商、破产等；市场行为法应包括市场行为的一般规定、商事合同、买卖期货、融资租赁、信托、担保、票据、保险、海商；救济包括一般规定、商事违约与商事侵权救济、体现自裁的形式与途径；附则包括生效时间、效力等内容。”[注]

中国商法学者范健等也提出了自己的研究结果，他们认为，中国商法典体系可做以下理论设计：第一编为总则，主要包括商主体、企业主、商行为的法律界定，商法对于民法的适用问题，商事能力以及企业主的权利与义务的具体规定；第二编为商事人格权，主要包括商事人格权内涵与外延的法律界定，商事人格权的法律救济等规范；第三编为商业登记与商业账簿；第四编为商事组织，主要包括公司、合伙企业、个人独资企业、合作社及企业集团等规范；第五编为商行为，主要包括商行为的一般规定，以及不能为合同法所包含或者不同于合同法之规定的各种合同的规定。关于商法典与单行商法之间的协调问题，既然商法典乃商法领域之基本法，理应成为单行商法的一般指导，并构成单行商法规范的一般规定与补充规定。这样，以商法典为中心并使商法典成为统摄性法律文件的全部商法规范就形成了一个具有有机联系的形式严密的体系结构。㊟

以上这些观点，各自有其独到之处，也各有其充分的理由。譬如，笔者认为，银行法、信用证和航空、铁路运输等，也应成为商法调整的对象，因为，这些商主体或商行为皆属于现代商事范畴之内的重要方面甚至不可或缺的重要领域。范健等的理论设计更有其独到的特色，比较全面地涵盖了中国商法的主要内涵，是值得肯定的，只是有些理想化，恐在立法时难以实现。但是，毋庸讳言，这些理论也存在着一些遗漏或者说不足。譬如，李功国、朱沛智的这种制度设计方案与民商分立国家商法典体系基本相似，但是模糊了商法与民法尤其是合同法之间的关系，商主体的类型上也未能考虑现代商法的企业中心地位而仍然停留于传统商法个人本位的立法理念上，还不是一个现代化的商法体系。而徐学鹿教授设计的体系结构尽管体现了以买卖为中心的立法思想，使得商行为规范成为一个具有完备的规范与较强逻辑性的体系结构，但关于商行为法与民法中相关行为法的协调问题则没有提供一种解决方案，势必使《合同法》、《担保法》等民法规范大量重复规定于商法典中，其结果不仅可能使商法典与民法在法律规范上相互重复，而且会使商法典条文过多，内容过于庞杂，从而使整部法典缺乏简约性和实用性。

总之，中国商法学者在对中国商法体系的研究中已经取得了不小的成就，这是我们进一步深入研究中国商法体系的基础，应当引起中国立法机关的高度重视。

五、中国商法体系的构建

从历史发展的角度看，世界各国尚没有统一的商法模式，也就没有统一的商法体系。中国商法部门的建立和商法体系的构造，应该从中国商事交易活动的实际需要出发，并在借鉴发达国家成功经验和教训基础之上建立起来。

（一）关于商法典的制定问题

有学者指出，商法典的使命是对商事领域的基本制度、基本原则作出系统性规定，通过法典编纂技术将相关商法规范予以体系化整理，使商法典成为商事领域的基本法。因此，既然可以制定商事通则等形式商法，就自然可以制定商法典。并且，之所以会产生制定商事通则的想法，当是受我国特有的《民法通则》的影响，而《民法通则》的出台实际上是在当时特定的经济建设背景之下尚不具备制定民法典的必要条件的情况下的无奈之举，其法律适用上的弊端已是尽人皆知。因而在市场经济体制已经趋于完善的情况下，在商法领域当然不应再走《民法通则》的弯路。这样，问题就简化成商法典的体系问题以及以商法典为中心的整个商法体系问题。在商法典体系的内容取舍上，必然考虑到将哪些商法部门独立于商法典而单独立法，因此这两个问题实际上是密切关联的。注

对于此观点，笔者不能苟同。的确，笔者既支持商法的相对的独立

性，也支持制订一部统一的具有商事总则地位的形式商法，以完善和健全中国的商法体系。但是，从现实的角度考虑，还是认为，在目前的中国仍然是搞一部商法通则比较切合现实和实际。

笔者始终认为，制定一部“商法通则”可能更加符合中国立法机关的意愿，将有利于尽快完善中国的商法体系。

综上所述，笔者仍然坚持：中国未来的商法体系为：“商法通则”加商事单行法的商法体系。

（二）民法与商法之间的关系问题

在形式商法的体系设计上，必然要考虑到对商法与民法之间的关系的认识问题。笔者始终认为，商法是相对独立于民法，而又完全独立于其他部门法的独立的部门法，因此，其完全能够形成自身独立的体系。但是，民法与商法之间有着密切的联系，又是相对独立的关系，民法的一般规则就可以作为一般规定与补充规定适用于商事法律关系。因此，形式商法就不必对以买卖为中心的商事交易中所需要的基本制度作出全面的规定，应当协调其与民法典及相关民事法律之间关系，使民法成为商法的一般性与补充性规定。但是，商法毕竟不同于继承法、婚姻法等原本属于民法范畴并可包含于民法典之中的民事特别法，因为，商法本身就构成一个独立的法律部门，具有明显的独立性与异质性。因此，形式商法还是应当形成逻辑较为严密的体系结构。这既是法律形式的需要，更是法的适用的需要，一部逻辑混乱、内容凌乱的法律，尽管其具有立意新、内容全等特点，但无论如何也不可能成为一部好的实用的法律。

（三）制定“商法通则”的理论价值与现实意义

1．有利于中国理论界结束长达半个多世纪的无休止的争议。中国在清朝末年和中华民国初期实行的是民商分立的立法格局。但国民党政府奠都南京后，当时的立法院为求商事法律易于修改，以适应新兴工商业的发展，在民商法典的制定方面，主张采取民商合一模式。1929年《中华民国民法》第一编总则公布后，由立法院院长胡汉民等人向国民党中央政治会议第183次会议提交了一份关于制定民商统一法典的提案，政治会议审查通过了该提案，并从八个方面进一步阐述了采用民商统一法典的理由。这对中国法学界的影响非常深远，在中国改革开放的历史条件下，大陆学者又陷入了“民商合一”和“民商分立”旷日持久的争论，其实，现在主张“民商合一”观点的许多学者，其论点、论据并没有超过该提案的八点理由。中国如果制定了“商法通则”，就会结束理论界长达半个多世纪的无休止的争论，使理论界集中精力研究中国民法、商法和经济法的现代化和协调发展问题。

2．有利于丰富和繁荣中国商法学的研究成果。“民商法一体化”的观念，制约了中国商法学理论的形成和发展，使人们忽略了对商法基本范畴、基本理念、基本价值、基本原则和基本制度以及商法其他基本理论问题的研究，扼制了商法学者的主观能动性，导致了商法学研究的停滞不前。中国如果制定了“商法通则”，就会大大激发商法学者的研究热情，进一步丰富和繁荣我国商法学的研究成果。

3．有利于树立和增强人们的商法意识与商法观念。中国如果制定了“商法通则”，就等于采用了“私法二元结构”的立法格局，商法独立部门法的地位就会得到正式确定，与此相适应，商法有别于民法的调整对象、内在本质特征和外部清晰边界等基本理念以及商法独特的调整机制、法律属性、价值取向、基本原则、构成体系就会呈现在世人面前，人们自然会树立起独立的商法意识和商法观念。

4.有利于统一协调中国现行的单行商事法律。面对“民商合一论”和“民商分立论”的激烈争论，中国立法机关采取了非常实务的立法态度，即随着社会主义市场经济改革取向的确立，相继颁发了《海商

法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《合伙企业法》、《证券法》和《个人独资企业法》等一系列单行的商事法律。由此可见，中国现行商事立法采用的就是单行商事法律的模式。但由于对商法缺乏科学的认识和合理的界定，中国颁行的各种单行商事立法具有一定的应急性和盲目性，在系统性、科学性、前瞻性和国际性方面还存在一定的不足，而且它们之间还缺乏相应的协调性和统一性。“商法通则”的制定，可以适应中国商事立法模式和制度的创新，不仅有利于实现对商事关系的基本调整，统率中国现行的商事立法，改变中国商事立法群龙无首的现状，而且有利于进一步协调统一中国的商事立法，使其沿着正确的方向健康地向前发展。

5．有利于促进中国市场经济的大力发展。在欧洲中世纪，商人进行了一场“商业革命”，在这场“商业革命”中，商品经济飞速发展，商人阶层逐渐形成，为了保护自身的特殊利益，不被封建主和教会所压迫，在政治上取得自治地位的商人便为自己制定了商人法，并使之成为一种独立于封建庄园法和教会法的商人法。正如西方学者所言：“商业革命有助于造就商法，商法也有助于造就商业革命”。在中国大力发展市场经济的条件下，制定“商法通则”有利于重塑商人观念、提升商人素质、弘扬商人精神，进一步促进中国工商业的繁荣和市场经济的飞速发展。

六、中国商法通则的体系结构

中国的“商法通则”应以规定关于商主体各种制度的商事组织法和关于商行为各种制度的商事行为法为其主要内容。但是，商法通则又不可能对这些内容作出全面规定。这不仅是由于这些规范的数量极其庞大，将其全部涵括于一部法律之中已经不可能，而且由于商法所具有的发展性与变动性，将大量需要经常性的适时修订的商法之特别部门法规范均

规定于需要具备一定的安定性的法律之中，事实上既没有必要，也不现实。从德国、法国、日本等国的商法发展实践中均可看出，形式商法制定时并未将在当时即很重要的所有商法规范全部规定于商法之中，并且，许多原本存在于商法典中的具有商事部门法性质的商法规范也相继独立于商法而制定了单行法律。在许多国家，商法都已逐渐发展成为仅对商法基本制度或原则作出规定从而使其成为商法规范一般指导的商法部门的基本法。可以说，这已成为世界商事立法的一种发展趋势。

具体来说，在商事组织法中，如果针对各种类型的企业分别制定相应法律，将显得过于凌乱，诸如企业集团法等企业法还将无以包含于任何一种企业法中，各企业法相互之间的协调问题也势必难以解决；如果以企业法为标题将所有企业法律规范均涵括于一个法律文件之中，就法律体系的内在和谐性而言，倒远不如将其纳入形式商法之中。因此，中国的商法通则应将商事组织法作为其主要内容之一。对于内容极其庞杂的商事行为法而言，由于各种类型的商行为之间没有企业法那样密切的内在联系，完全可以各自独立。并且商行为并不实行严格法定原则，随着市场经济的发展必然会产生大量商行为的新的类型，将所有商行为都纳入商法典范畴势必会因其明显的发展性而产生较大的矛盾。因此，只将尚无必要独立立法的商行为类型及区别于民事行为的商行为一般规范规定于商法之中即可。因此，具有显著独立性与专业性的海商法就应独立立法。证券法、票据法、保险法、商业银行法等商法部门也完全可以独立立法。

七、中国“商法通则”的体系结构

综上所述，本书认为，中国商法通则的结构大体如下：

第一章 总则，规定商法的适用范围和适用规则；

第二章 商主体，规定商主体的基本形式和种类；

第三章　商行为，包括商事行为与商事代理的构成、一般商事行为和特殊商事行为等；

第四章 商业登记，包括商事登记机关、登记范围和登记程序等；

第五章 商业账簿，包括商事账簿的种类、内容和置备等；

第六章 商事责任，包括商事责任的种类和承担方式等；

第七章 附则，包括商事部门法的范围及其制定、生效时间等。

在法律的适用上，我们应当坚持商法优先适用，民法一般适用和补充适用的原则。其一般规则是：在商事关系的调整中，优先适用商法通则和商事单行法；商法通则和商事单行法未规定的事项，适用企业章程或合伙协议；企业章程或合伙协议未作规定的，适用民法。

在商法通则与单行商法之间的协调问题上，其解决的前提是必须明确商法通则的体系及其具体内容。既然已经明确商法通则乃商法领域之基本法，其理应成为单行商法的一般指导，并构成单行商法规范的一般规定与补充规定。这样，以商法通则为中心并使商法通则成为统摄性法律文件的全部商法规范就形成了一个具有有机联系的、形式严密的体系结构。

综上所述，中国市场经济的改革取向和飞速发展，为中国商事立法的出台和商法学的发展提供了良好的机遇。我们坚信，随着中国全面科学发展观的进一步实施，经过商法理论界和立法机关的共同努力，一个人类社会未曾有过的、标志着中国商法独立地位已经确立的“中华人民共和国商法通则”必将呈现在世人面前。其法律位阶应当与1985年的《民法通则》一样，即由全国人民代表大会表决通过。

附录：《中华人民共和国商法通则》草案建议稿

第一章 总则

第一条　为了保障商主体的合法的商事利益，正确调整商事关系，根据宪法和我国的实际情况，制定本法。

第二条　中华人民共和国商法调整商主体间一切与商行为有关的财产关系。

第三条 商主体在商行为中的地位平等。

第四条　商行为应当遵循交易自由、自愿、便捷、公平、诚实信用的原则。

第五条　　商主体的合法权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯，国家依法确保商事交易的安全。

第六条 商行为必须遵守法律。

第七条 商行为不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

第八条　在中华人民共和国领域内的商行为，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的除外。

本法关于商主体的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。

第二章 商主体

第一节 总则

第九条　商主体，是指依法律规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织。

第十条　　商主体包括商事法人、商事合伙、商事个人和商事辅助人。

第十一条　未成年人或者限制行为能力人从事商行为须经法定代理人同意，并在法定代理人监护之下从事商行为。

第十二条　　依据法律规定需要进行商事登记后才能够从事商行为

的，依其相关规定。

第十三条　本法中有关商事人格权、商业账簿、商业登记的规定，不适用于部分商事个人。

第二节 商事法人

第十四条　商事法人是指按照法定构成要件和程序设立的，拥有法人资格，参与商事法律关系，依法独立享有权利和承担义务的经济组织。

第十五条　商事法人包括国有商事法人、集体商事法人、私营商事法人、外商投资商事法人和其他形式的商事法人。

第十六条　国有商事法人包括依据《中华人民共和国全民所有制工业企业法》设立的经济组织和依据《中华人民共和国公司法》设立的国有独资公司。

第十七条　集体商事法人是指以市场资料的劳动群众集体所有为基础而设立的独立的经济组织。

第十八条　集体商事法人包括依法设立的城镇集体企业、乡镇集体企业、乡村集体企业和农民专业合作社。

第十九条　私营商事法人是指由私人投资经营，其中私人资本超过商事法人总额50%的经济组织。

第二十条　外商投资商事法人是指外国投资者依据中华人民共和国法律的规定，在中华人民共和国境内单独出资或与中华人民共和国投资者共同出资设立的经济组织。

第二十一条　外商投资商事法人包括中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。

第二十二条　其他形式的商事法人是指上述各类形式的商事法人之外的，依法设立的、具有独立法人资格、独立经营、独立承担责任的商业银行、外资银行和其他非银行金融机构。

第二十三条 商事法人的设立应遵守有关的法律规定。

第三节 商事合伙

第二十四条　商事合伙是指两个以上的民事主体基于合伙协议的安排而共同投资、共同经营、共同收益、共负盈亏的经济组织。

第二十五条 商事合伙的设立、经营应遵守有关的法律规定。

第四节 商事个人

第二十六条 商事个人是指以营利为目的从事商行为的自然人。

第二十七条　商事个人从事商行为须具有权利能力和行为能力。无行为能力或者限制行为能力的个人从事商行为，应当由其法定代理人代理。

第二十八条 个体工商户、个人独资企业须依法设立和登记。

第二十九条 自由商人无须登记，但必须遵守相关的法律、法规。

第五节 商事辅助人

第三十条 商事辅助人是指辅助商主体从事经营之人。

第三十一条　商事辅助人的代理、居间、行纪行为必须遵守法律的规定。

第三十二条 商主体可以自由选任经理使其从事营业。

第三十三条　商业使用人可以代替业主进行与营业相关的诉讼中或诉讼之外的一切商行为。

第三十四条 商业使用人做出的意思表示，对业主发生效力。

第三十五条　商业使用人未经业主同意，不得为自己或者为第三人进行属于业主领域内的交易。

第六节 商事人格权

第三十六条　商主体的商号权、商誉权和形象权受法律保护，任何个人和组织不得侵犯。

第三十七条 商主体可以以其姓名或者其他名称决定其商号。

第三十八条 在同一商业上必须使用单一商号。

在同一地区或区域内不得在同种营业中登记他人已登记的商号。

第三十九条 禁止使用足以使他人误认主体的商号。

第四十条　允许他人使用自己的商号进行营业的商主体，对足以误认自己为业主而进行交易的第三者，应与该他人共同承担连带责任。

第四十一条　商号，只有在废止营业时，或者和营业一并进行时，方可转让。

商号的转让，未经登记不得对抗第三人。

第四十二条　商号的登记人，若无正当理由两年内不使用其商号时，视为该商号已被废止。

第四十三条　在废止或者变更其商号的情形下，若该商号登记者在两年内不进行商号的变更或废止登记，利害关系人则可以请求注销该登记。

第三章 商行为

第一节 总则

第四十四条　依法律所规定的商主体以营利为目的从事的下列行为，称为商行为：

（一）动产、不动产、有价证券及其他财产的买卖；

（二）动产、不动产、有价证券及其他财产的租赁；

（三）与制造、加工或者修缮有关的行为；

（四）与电、电波、煤气（天然气）或者供水有关的行为；

（五）承揽作业或者劳务；
（六）与出版、印刷或者摄影有关的行为；
（七）与广告、通信或者信息有关的行为；
（八）信贷、票据及其他金融交易行为；
（九）以提供服务、招徕顾客为目的而设置的场所上的行为；
（十）兑换及其他银行交易；
（十一）承担商行为的代理；
（十二）与居间有关的行为；
（十三）寄卖及其他中介的行为；
（十四）承接保管；
（十五）承接信托；
（十六）承接运输；
（十七）保险；
（十八）有关采矿或者取土行为；
（十九）有关机械、设施及其他财产的物融行为；
（二十）有关不动产、设施的开发、建筑行为；
（二十一）与商号、商标等使用许可有关的营业行为；
（二十二）关于营业上的债权买入、回收等行为；
（二十三）其他与营业相关的行为。
从事劳务者和国家公务、军事的行为不属于商行为。
第四十五条 商主体为营业而进行的行为，视为商行为。
商主体的行为，推定为是为了营业而进行的行为，视为商行为。

第四十六条　在商主体之间有金钱的消费借贷关系时，贷款人可以请求支付法定利商主体在其营业范围内，为他人垫付金钱时，可以请求支付自垫付之日起的法定利息。

第四十七条　商主体在其营业范围内为他人进行某种行为时，可以请求支付相应的息。报酬。

第二节 代理商

第四十八条　代理商，是指作为非商业使用常代理或者居间不属于其营业范围内的交易者。

第四十九条　因商行为的委托而产生的代理权，不因本人死亡而消灭。

第五十条　代理商未经商主体本人的许可，不得为自己或第三人进行属于本人营业种类的交易。

第五十一条　受委托卖出物品或者卖出物品的代理商，有权接受有关买卖标的物的瑕疵或者短量及其他有关买卖的履行的通知。

第五十二条　因交易的代理或者中介而发生的债权到期而未受偿时，代理商为了本人可以将已占有的物品或者有价证券留置至清偿时止。但是，当事人之间另有约定时除外。

第五十三条　即使合同已终止，代理商仍应保守与合同有关的本人营业中的秘密。

第三节 居间

第五十四条 居间人，是指以他人之间的商行为的居间为业的人。

第五十五条 居间人享有因从事居间活动而获取佣金的权利。

第五十六条　居间人不能就其所居间的行为为当事人受领支付及其他的履行。但是，若另有约定或者习惯，则除外。

第五十七条　与居间有关收领样品时，居间人应将此样品保管至该

居间行为结束时止。

第五十八条　若当事人已经签好契约，居间人应将记载当事人各方是姓名或者商号、合同年月日及其要点的文书，经签章或者署名后交付给当事人各方。

第五十九条　居间人不以自己的名义，也不以他人的名义与他人缔结契约。

第六十条 居间人不承受缔约双方因缔约而产生的法律后果。

第六十一条 居间人不依附于缔约的任何一方。

第六十二条　居间人应以自己的名义代为订约并代为履行，同时对委托人负有保密义务。

第六十三条 居间人若未终结居间程序，不得请求支付报酬。

居间人的报酬由双方当事人平均负担。

第四节 行纪

第六十四条　行纪人，是指以自己的名义为他人购买或销售货物、有价证券的人。

不动产的买卖不属于行纪行为。

第六十五条　行纪人以自己的名义通过为委托人所进行的买卖，直接对对方取得权利并承担义务。

第六十六条　在委托人与行纪人之间的关系上，或者在委托人与行纪人的债权人之间的关系上，将行纪人自委托人处得到的物品或者有价证券或者因行纪而取得的物品、有价证券、债权，视为是委托人的所有或者委托人的债权。

第六十七条　行纪人办理被委托的买卖之后，应迅速地通知委托人该合同的要点及对方的住所、姓名，并提出计划书。

第六十八条　在为委托人所进行的买卖中，若对方不履行债务时，行纪人应承担向委托人履行其债务的责任。但是，另有约定或者习惯的除外。

第六十九条　在买卖过程中，即使以低于委托人指定的价格卖出或者以高于指定的价格买入，若行纪人承担其差价，仍对委托人由效力。

在以高于委托人指定的价格卖出或者廉价买人时，若另无约定，则应归结于委托人的利益。

第七十条　行纪人所受托的物品的买卖，若属于交易所由行价的物品的买卖时，可直接成为该买卖中的卖出人或者买入人。在此情形下，买卖价款以行纪人发出买卖通知时的交易所的行价为准。

在前款情形下，行纪人可以请求委托人支付报酬。

第七十一条　行纪人接收委托买卖的标的物之后，若发现由损坏或者瑕疵时，或者有腐坏之虞时，或者已知价格下跌的商情时，应立即通知委托人。

在前款之情形下，若无法得知委托人的指示或者迟延指示时，行纪人为了委托人的利益可以作出适当的处分。

第五节 运输代办

第七十二条　运输代办人，是指以自己的名义，将代办货物运输为其营业者。

第七十三条　运输代办人，如未能证明自己或者使用人关于运输货物的接收、交付、保管、选择承运人或者其他运输代办人及其他运输业务上已尽到注意义务，则不得免除因运输货物的灭失、损坏或者延误而产生的损害赔偿责任。

第七十四条　若另无约定，运输代办人可以直接运输货物。在此情形下，运输代办人与承运人的权利义务相同。

若运输代办人应委托人的请求填发取货凭证，则视为直接运输。

第七十五条　数人依次代办运输时，后一顺序的代办人承担替前一顺序的代办人行使权利之义务。

在前款情形下，若后一顺序的代办人向前一顺序的代办人清偿，则取得前一代办人的权利。

在前两款的情形上，若运输代办人向承运人清偿，则取得承运人的权利。

第七十六条　运输代办人将物品交付给承运人时，可以立即请求支付报酬。

第七十七条　运输代办人仅就有关运输货物的报酬、运费及其他垫付款或者先付款，才可以留置该运输货物。

第七十八条　运输代办人的责任，自收货人领取运输货物之日起经过1年，因时效而消灭。

前款期间，在运输货物全部灭失的情形下，应从交付该货物之日起计算。

第七十九条　运输代办人对委托人或者收货人的债权的诉讼时效，为自收货人领取运输货物之日起经过1年。

第六节 承运

第八十条　承运人是指在陆上或者是江、湖、内河、港湾以货物或者旅客运输为业者。

第八十一条 托运人根据承运人的请求交付运单。

运单上应记载下列事项，并由托运人签章或者署名：

（一）运输货物的种类、重量或者容积及其包装的种类、件数、标记；

（二）到达地；

（三）收货人与承运人的姓名或者商号，营业场所或者住所；

（四）运费及支付方式（预付或者货到付款）；

（五）运单的填发地及填发年月日。

第八十二条　托运人虚假或者不正当地填发运单时，应向承运人承担因此而产生的损害赔偿责任。

承运人为恶意时，不适用前款之规定。

第八十三条 承运人根据托运人的请求交付取货凭证。

取货凭证上应记载下列事项，并由承运人签章或者署名：

（一）第八十条第二款第一至第三项的事项；

（二）托运人的姓名或者商号，营业场所或者住所；

（三）运费及其他有关运输货物的费用及支付方式（预付或者货到付款）。

（四）取货凭证的填发地及填发年月日。

第八十四条　在已填发取货凭证的情形下，若不提示此凭证则不得请求交付货物。

第八十五条　取货凭证即使是记名式的，也可以背书转让。但是，取货凭证上禁止背书之记载时除外。

第八十六条　在填发取货凭证的情形下，有关运输的事项，在承运人与持有人之间应按照取货凭证来处理。

第八十七条　填发取货凭证之后，有关运输货物的处分应根据取货凭证办理。

第八十八条　　根据取货凭证将取货凭证交付给可收取运输货物者时，关于其在运输货物之上行使的权利的取得具有与交付运输货物同等的效力。

第八十九条　全部或者部分运输货物非因托运人的责任事由而灭失时，承运人不得请求支付运费。承运人已收取的全部或者部分运费的，应予以退还。

全部或者部分运输货物因其本身的属性或者瑕疵或者因托运人的过失而灭失时，承运人可以请求支付全部运费。但承运人应承担过错责任。

第九十条　承运人未经证明自己或者运输代办人及其使用人、其他为了运输而使用的人，有关运输货物的领取、交付、保管、运输已尽到注意义务，则不得免除因运输货物的灭失、损坏或者延误而产生的损害赔偿责任。

关于货币、有价证券及其他贵重物品，只有在托运人明示其种类及价值时，承运人才承担偿损失的责任。

第九十一条　运输货物全部灭失或者延误时，其损害赔偿额应按照拟交付日的到达地的价格来决定。

运输货物部分灭失或者损坏时，其损害赔偿额应按照交付日的到达地的价格来决定。

因承运人的故意或者重大过失引起运输货物的灭失、损坏或者延误时，承运人应赔偿全部损失。

因运输货物的灭失或者损坏无须支付的运费及其他费应，当从前三款之赔偿额中扣除。

第九十二条　数人依次运输时，各承运人对运输货物的灭失、损坏或者延误承担连带赔偿责任。

一名承运人已根据前款规定赔偿损失时，该运输人享有对该损失造成者求偿的权利。

在前款的情形下，若无法确定造成该损失的承运人，则应按照运费的比例分担。但是能够证明该损失未在自己的运输区间内所发生时，不

承担损失分担的责任。

第九十三条　托运人或者持有已填发的取货凭证人可以请求承运人停止运输、返还运输货物或者其他处理。在此情形下，承运人可以请求支付按已运输的比例计算的运费、垫付款及因处理而支付的费用。

第九十四条　运输货物已到达到达地时，收货人取得与托运人相同的权利。

运输货物至到达地后收货人请求交付货物时，收货人的权利优先于托运人的权利。

第九十五条　收货人收取运输货物时，承担向承运人支付运费及其他运输中所发生的费用、垫付款的义务。

第九十六条 不能知道收货人时，承运人可以提存运输货物。

在前款的情形下，承运人催告托运人指示在一定期间内对该运输货物进行处理，而在该期间内未下指示时可以拍卖运输货物。

承运人根据第1款及第2款的规定提存、拍卖运输货物之后应立即通知托运人。

第九十七条　前条规定准用于收货人拒收或者无法收取运输货物的情形。

承运人进行拍卖时，先向托运人催告之前应催告收货人在一定期间内收取运输货物。

第九十八条　托运人、取货凭证持有人及收货人不明时，承运人应规定6个月的期间，公告权利人应在该期间内主张权利。

第1款公告，须在指定的报刊上刊登三次以上。

承运人已根据第1款及第2款之规定进行了公告，而在该期间内又无人主张权利时，可拍卖该运输货物。

第九十九条　旅客承运人未经证明自己或者其使用人关于运输已尽

到注意义务、则不得免除赔偿旅客因运输所遭受的损害的责任。

第一百条　关于旅客交付托运的行李，即使承运人不收运费也应承担与货物承运人相同的责任。

从托运行李至到达地之日起经过10日，旅客未请求交付时，承运人可以提存、拍卖运输货物。但若旅客住所或者居所不明时，无须进行通知与催告。

第一百零一条　对于未交付托运的行李的灭失或者损坏，除非旅客承运人或者使用人有过失，承运人不承担损害赔偿的责任。

第七节 公共服务

第一百零二条　公共服务人，是指以剧场、旅馆、餐馆及其他众客集中的设施的交易为业者。

第一百零三条　　公共服务人对其经营的服务场所负有安全保障义务。

第一百零四条　公共服务人对服务场所的安全保障义务的具体内容包括：

（一）因设施设备违反安全保障义务；

（二）因服务管理违反安全保障义务；

（三）因防范制止侵权行为违反安全保障义务；

（四）因对特殊主体违反安全保障义务；

（五）因殆于救助被侵权行为损害的主体，违反安全保障义务。

第一百零五条　公共服务人对客人寄存的物品的灭失或者损坏，未经证明是由不可抗力所引起的，则不得免除其赔偿责任。

公共服务人虽未接收客人寄存的物品，只要在其设施内客人携带的物品因自己或者其使用人的过失发生灭失或者损坏时，对此应承担损害

赔偿责任。

即使已告知对客人的携带物品不承担责任，公共服务人也应承担前两款的责任。

第一百零六条　对货币、有价证券及其他贵重物品，若客人寄存时未表明其种类及价值，公共服务人则不承担因该物品的灭失、损坏所产生的损害赔偿责任。

第八节 仓储

第一百零七条　　仓储业者，是指以在仓库里保管他人的物品为业者。

第一百零八条 仓储业者应根据寄存人的请求交付仓单。

仓单上应记载下列事项，并由仓储人签章或者署名：

（一）寄存物的种类、品质、数量、包装的种类、件数及标记；

（二）寄存人的姓名或者商号、营业场所或者住所；

（三）保管场所；

（四）保管费；

（五）约定有保管期间时，该期间；

（六）寄存物已加入保险时，其保险金额、保险期间及保险人是姓名或者商号、营业场所或者住所；

（七）仓单的填发地及填发年月日。

第一百零九条 本法第八十三条至第八十七条规定，准用于仓单。

第一百一十条　仓单持有人可以请求仓储业者分割寄存物并交付对每一分割部分的仓单。

根据前款规定进行寄存物的分割及交付仓单所需费用应由仓单持有人负担。

第一百一十一条　凭仓单在寄存物上设质时，若有质权人同意，寄存人可以请求部分返还未到偿还期的寄存物。在此情形下，仓储业者应在仓单上记载已返还的寄存物的种类、品质、数量。

第一百一十二条　仓储业者，未经证明自己或者使用人关于保管的寄存物已尽到注意义务，则不得免除因寄存物的灭失或者损坏而产生的损害的赔偿责任。

第一百一十三条　寄存人或者仓单持有人在营业时间内，可以随时要求仓储业者检查寄存物或者抽取样品，或者可以进行其保存所需的必要的处分。

第一百一十四条　仓储业者在所保管的物品出库之前不得请求支付保管费及其他费用、垫付款。但是，保管期间已届满，即使未出库也可请求支付。

一部分寄存物出库时，仓储业者可按比例请求支付保管费及其他费用、垫付款。

第一百一十五条　当事人未定保管期间时，仓储业者自保管物入库之日起6个月以后，可以随时返还寄存物。

在前款情形下，返还寄存物时应提前两周进行预告。

第一百一十六条　出现不得已事由时，仓储业者可以不受前条之规定的限制随时返还寄存物。

第一百一十七条　因寄存物的灭失或者损坏而产生的仓储业者的责任，自寄存物出库之日起经过1年，因时效而消灭。

在寄存物全部灭失的情形下，前款之期间从向寄存人及已知的仓单持有人发出该灭失之通知之日起计算。

前两款之规定，不适用于仓储业者或者其使用人为恶意时。

第一百一十八条　仓储业者对其寄存人或者仓单持有人的债权，自该物品出库之日起经过1年未行使，则因时效而消灭。

第四章 商业登记

第一百一十九条　依照本法必须进行登记的事项，根据当事人的申请，应在其营业所所在地的相关部门的商业登记簿上进行登记。

第一百二十条　须在总公司所在地进行登记的事项，若另无规定，也应在分公司所在地进行登记。

第一百二十一条　须经登记的事项，若未经登记，则不得以此对抗善意的第三人。

虽已登记，但是第三人有正当理由未知晓时，亦同。

第一百二十二条　　未在分公司所在地进行须经登记的事项的登记时，前条之规定，只适用于该分公司的交易上。

第一百二十三条　因故意或者过失进行不符事实的事项的登记者，不得以此对抗善意的第三人。

第一百二十四条　已登记的事项，若发生变更或者消灭事由时，当事人应当立即进行变更或者消灭登记。

第一百二十五条　有关商业登记的具体规范，可由国家相关的法律另行规定之。

第五章 商业账簿

第一百二十六条　为明确营业上的财产及损益状况，商主体应当制作会计账簿及资产负债表。

制作商业账簿，应按照本法及《中华人民共和国会计法》的规定及公正、妥当的普通的会计惯例来处理。

第一百二十七条　会计账簿，应记载有关交易及其他影响营业上的财产的事项。

商主体于开业时及一年一次，在一定时期；公司于其成立时及每一决算期，应根据会计账簿制作资产负债表，并由制作者在表上签章或者

署名。

第一百二十八条　　商主体应当将其商业账簿及有关营业的重要文件，保存10年。但是，发票及类似的单据应保存5年。

在商业账簿上的前款的期间，应从闭锁之日起计算。

前款之账簿及文件，可以用软盘或者计算机情报处理系统中储存。

按照第3款的规定保存账簿及文件时，就其保存方法及其他必要事项，依相关法律规定处理。

第六章 商事责任

第一节 一般规定

第一百二十九条　商事责任是指商事法律关系的平等主体各方，在商事活动中拒不履行法定和约定义务，或者做出法律或商事合同所禁止的行为，并且具备了违法、违约行为构成的要件而应承担的相应的法律责任后果及依法应予制裁的措施。

商主体违反合同或者不履行其他义务的，应当承担商事责任。

商主体由于过错侵害国家、集体、公民个人的财产，应当承担商事责任。

没有过错，但法律规定应承担商事责任的，应当承担商事责任。

第一百三十条　因不可抗力不能履行法定和约定义务或者造成他人财产损失的，不承担商事责任，法律另有规定的除外。

第一百三十一条　对承担商事责任的商主体需要追究行政责任的，应当追究其行政责任；构成犯罪的，对商主体的法定代表人或者主要责任人应当追究其刑事责任。

第二节 商事责任的种类

第一百三十二条　商事合同当事人因不履行合同或者履行合同不符

合约定条件而违反合同义务所引起的法律后果，依法应当承担违约的商事责任。

违约责任在内容上主要是一种财产责任，具体表现为支付违约金、赔偿损失和继续履约。

第一百三十三条　在合同订立过程中，当事人一方或双方因故意或过失违背其基于诚实信用原则所产生的附随义务即先合同义务，致使合同不成立，或被确认无效或者被撤销，由此给确信该合同能够成立的当事人造成损失时，过错方依法应承担因缔约过失的损害赔偿责任。

第一百三十四条　　当债务人逾期不履行约定的债务或其他约定义务，债务的担保人或者保证人，应以其提供的抵押物、质押物、定金充抵债权的部分或全部，依法承担一般或连带的保证责任。

第一百三十五条　产品制造者、销售者以及其他相关当事人对产品的生产、制造、设计、加工有缺陷，或者销售质量不合格的产品以及违反产品质量义务，造成他人人身或缺陷产品以外的财产损害，依法应承担侵权的商事责任。

该责任属于法定责任，绝对责任，乃是生产者、销售者与受害人之间的因产品质量缺陷而产生的人身和财产关系。

第一百三十六条　自然人、法人或其他组织等任何主体，凡侵犯他人依法享有的专利权、商标权以及商业秘密等知识产权，造成权利人财产上损失的损害，侵权人应承担赔偿损失的商事责任。

其损害赔偿的范围则是因侵犯知识产权行为造成权利人现有财产的减少、丧失和未来可得利益的减少、丧失之全部财产权益损失，包括直接损失和间接损失。

第一百三十七条　经营者违反公平竞争的法律规定，以假冒、虚伪表示、商业诽谤，侵犯商业秘密均不正当手段损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序，应承担不正当竞争的商事责任。

第一百三十八条　投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失应当承担赔偿保险金责任。

当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时，保险人应当承担给付保险金的商事责任。

保险责任包括人身保险责任、财产保险责任和责任保险责任。

第一百三十九条　当票据当事人的权利受到侵害或阻碍时，票据侵权责任人应承担相应的商事责任。

该责任包括票据出票责任、背书责任、票据承兑责任、保证责任、付款责任。

第一百四十条　证券市场的参与者、管理者违反法律、法规，在从事证券的发行、交易、管理或者其它他相关活动中，实施扰乱证券市场秩序，侵害投资者合法权益行为应承担商事责任。

该责任包括证券市场虚假陈述责任和证券市场内幕交易责任。

第一百四十一条　商事组织在经营活动中违反商事组织法的相关规定，侵害相对人的合法权益应承担相应的商事责任。

第一百四十二条　公司在进行清算时，不按照法律规定的时间和方式通知或者公告债权人的，以及公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者未清偿债务前分配公司财产的相关责任人应当承担相应的商事责任。

该责任包括：

（一）清算组不按照法律规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送清算报告中隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，因此对他人造成损失；

（二）清算组成员利用职权衔私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产。

第一百四十三条　船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损害的，相关责任方应承担相应的商事责任。

第三节 承担商事责任的方式

第一百四十四条 承担商事法律责任的方式主要有：

（一）停止侵害；

（二）返还财产；

（三）恢复原状；

（四）修理、重作、更换；

（五）赔偿损失；

（六）支付违约金；

（七）消除影响、恢复名（商）誉。

以上承担商事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

人民法院审理商事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法经营活动的财物和非法所得，并可依照法律规定处以罚款、拘留。

第四节 商事责任的追索途径

第一百四十五条　在商事活动中，一方当事人的商事权利和相关利益受到实际的损害或将要受到损害时，当事人可以采取协商、调解、仲裁和诉讼的方式，追索损失或者追究侵害方的责任。

第七章 附则

第一百四十六条　　本法未规定的有关商主体及其他有关买卖、抵销、合伙、代理、担保、拍卖、招标、投标、特许经营、信托、保险、海商等商行为的规定，可以同时适用《中华人民共和国民法》及其他相关商事单行法的规定。

第一百四十七条 本法自 年 月 日起施行。

（原载于《当代法学论坛》2008年第3期，中国方正出版社2008年6月第1版。）

---

1. 参见董安生等编译：《英国商法》，法律出版社1991年版，目录部分。
2. 《统一商法典》中大部分是关于契约法的内容，特别是其中的第2章，完全是关于买卖契约的规定，是该法典篇幅最长、内容最重要的一章。
3. 参见范健：《商法探源》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》1991年第4期。
4. 具体内容可参见苏惠祥主编：《中国商法概论》，吉林人民出版社1993年版；王书江主编：《中国商法》，中国经济出版社1994年版；李玉泉等主编：《中国商事法》，武汉大学出版社1996年版；覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社1999年版；王保树主编：《中国商事法》（新编本），人民法院出版社2001年版；赵万一主编：《商法学》，法律出版社2001年版；等著作之内容。
5. 具体内容可参见徐学鹿主编：《商法学》，中国财政经济出版社1998年版。
6. 参见赵旭东：《商法的困惑与思考》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2002年第1期。
7. 参见顾功耘主编：《商法教程》，上海人民出版社2001年版，第32页。
8. 参见李功国、朱沛智：《商事立法及其责任制度》，载《科技·经济·社会》1994年第4期。
9. 徐学鹿：《商法总论》，人民法院出版社1999年版，第185—186页。
10. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第138页。
11. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第135页。

制定“商法通则”的几个关键性问题研究

一、商法通则的概念及特征

（一）通则及商法的概念

通，有一般、普通之意，[注]则，有规章、条文、规程之意。[注]通则即适合于一般情况的规章、规则。[注]

对于商法概念的界定，目前在中国商法学界众说纷纭，莫衷一是。据笔者初步统计，比较有代表性的主要有以下一些观点：

一是从商事关系的角度定义商法，即商法“是调整商事关系的法律规范的总称”。[注]

二是学者模仿民法定义，认为“商法是由调整商事财产关系和商事人身关系的法律规范组成的有机联系的法律规范体系”。[注]

三是从商事或商事活动的角度定义商法，认为商法“是调整商事活动的法律规范的总称”。[注]

三是从商事关系的具体内容的角度将商法界定为：“商法是规范市场主体（商人）和现代市场行为（商行为）法律规范的总称，一般包括‘商组织法’和‘商行为法’两大部分的内容”。[注]

四是认为“在大陆法的思维和背景下，‘商法’只能是指私的调整各种

经济贸易关系的法，属于民法范畴，又必然包含着民法”。[注]

五是认为商法是“规范关于商事（交易）之法律”，并将其区分为形式意义上与实质意义上之商法。形式意义上商法指民商分立国家所制定而以“商法”命名的法典，即指经过制定法典程序之商法法典，至于其单行的商事特别法，是否均以“商法”命名，则可不受限制。实质意义上的商法，则指以商事为其规范对象之各种法规而言，就法律形式言之，则无所谓商法法典，凡有关商事的规定，或分别编入民法法典，或另订商事单行法规，均属商法范畴。[注]六是认为，“商法又称‘商事法’，它是指规制营利性主体的经营性活动，调整由其所生的商事关系的法律规范的总称”。[注]

七是认为，“商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系，即商事法律关系的法律规范的总称。”[注]

此外，还有许许多多关于商法定义的论述。笔者认为，欲给商法下一个完全全面、客观的定义，是不可能的，这个定义主要的目的是为了揭示出商法的本质特征和商法的调整对象，使得人们通过这个定义能够比较容易地理解商法的基本含义和内容就可以了。由此，笔者认为，以下的这个定义就足以让读者明了商法的基本含义了：

商法是指调整因商事主体及其他主体所从事的商事行为而形成的社会关系即商事关系的法律规范的总称。可以更加简洁地将其定义为：商法是指调整因商事行为而形成的商事关系的法律规范的总称。

这里有四个层次的内容：

一是商法是以商事关系为其调整对象；

二是商事关系是平等商事主体之间所形成的经济关系；

三是商事关系是商事主体基于营利目的而形成的经济关系；

四是商事关系是商事主体在持续营业中所形成的经济关系。

这里的商事主体，须是商法上确认和规定的主体，在中国主要包括商法人（如公司、企业）、商个人（如个体工商户、独资企业、农村承包经营户）及商合伙（如合伙企业）等。商主体须有商事权利能力和商事行为能力，且是商事活动的参加者。

这里的其他主体，是指商事辅助人（包括代理商、居间商、行纪商、商业经理人等）及其他即使法律尚未明确其法律地位，但在社会上已经存在的商事活动的参加者，如尚未经登记或注册的任意商人（如活跃于城乡间的农林业经纪人等）。

所谓商事关系即法律所确认和调整的社会生活关系，它具有有价性和法律性。包括行为、物、精神产品、信息等等。

所谓经济关系，主要即指以营利为目的而形成的关系。如商事买卖、拍卖、抵押等。

所谓持续营业，是从一般商行为的特征来看的，一般商主体的商行为都不会是短暂的行为，为了能够获取一定的经济利益，其都要经营一段时间，特别是投入资金比较大的商行为。当然，现代社会确实存在一些短期的商行为，如炒股等，可能在某一段时间内存在短期运作的可能，但是从长远看，商事主体还是以长期经营某一个项目为其主要目的的，即使暂时放手，在他认为适当的时机还是会重操旧业的，但其前提必须是有利可图。所以，从一般情况看，持续经营仍是商事主体的主要经营方式。

（二）商法通则的概念

以上，笔者分别对通则与商法的含义予以了界定，在上述界定的基础上，我们可以轻易地概括出“商法通则”的含义，即：适用于因商行为而形成的商事关系的普通的、一般性规则的规范性法律文件。

这里至少包含有五层含义：

其一，“商法通则”是一部规范性法律文件，具有国家法律的特征。

其二，“商法通则”是一部调整商事关系的法律规范。

其三，“商法通则”的核心是商事行为。

其四，“商法通则”是一部有关调整商事行为和商事关系的普通的、一般性的法律规范。其五，“商法通则”是中国商法体系的核心，是统率中国商法的基本法律规范。

3.商法通则的基本特征

商法通则的基本特征可以概括为以下几点：

（1）是以国家强制力为后盾的国家的基本法律

“商法通则”是由国家最高立法机关，依照《宪法》和《立法法》规定的法定程序，经过合法的立法程序予以审议、通过的一部国家法律，具有国家法律的一切基本特征。

（2）是中国调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律

“商法通则”是一部有关调整商事行为和商事关系的普通的、一般性的法律规范，其最基本的特征就是其适用的普遍性和一般性，具有调整商行为的基本法律的作用和地位。其所确立的基本原则和制度、规则，适用于一切商事单行法中；一些商事单行法中没有集中规定或者没有规定的、带有商事行为共通性的原则、制度、规则，均体现在“商法通则”之中，并且直接适用于具体的案件之中，成为司法机构审判的直接法律依据。因此，它是中国调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律。

（3）对现行商事单行法起着补充和统率作用

“商法通则”所规定的商事活动的基本原则、规则和制度，归根到底是为了补充商事单行法在规范商事行为和调整商事关系中的不足、疏漏

和带有普通性的、无法在一个或者几个单行法中予以集中规范的、带有共通性的规范，因此，其具有单行法所无法替代的统率的作用。从法律适用上说，当在单行法中无法找到直接的法律依据时，“商法通则”所规定的原则、规则和制度，便可以直接被援用；当单行法所规定的原则和规则与“商法通则”的基本精神相违背时，当以“商法通则”的规定为基准，其还带有纠正、修订的意义。因此，它对现行商事单行法起着明显的补充和统率作用。

（4）在国家整个的法律体系中居于独立的地位，同时又是国家商法体系的灵魂和核心

“商法通则”既然作为调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律，因而，其在国家整个的法律体系中自然具有独立性；同时，它又是国家规范商事活动的基本的法律规范，是其他一切商事立法的核心和基本准则，因而，它必然成为国家商法体系的灵魂和核心。从而构成一个具有中国特色的“商法通则”加商事单行法的完整的商法体系。

二、“商法通则”的定位

（一）商法通则定位的思考因素

如何确定“商法通则”的定位？可以从以下三个方面来考虑：

1.《商法通则》是商法中具有一般法意义的商事法律。就法典与单行法的区别而言，“商法通则”与公司法、合伙企业法、独资企业法、证券法、票据法、保险法、商业银行法、破产法、海商法等一样，也是一种单行商事法律，并不是法典——由全面系统调整商事关系的规则缩编而成的法律文件，但它与其他单行商事法律的功能不一样。其他商事单行法律仅调整某一商事领域的商事关系，“商法通则”则涉及整个商事领

域，强调其调整商事关系的一般性。换言之，它所提供的商事法律规则，是其他单行商事法律未曾提供而又非常必要的一般性规则。正由于《商法通则》在商法中具有一般法的意义，它与强调其调整特殊性的其他单行商事法律不会出现重叠、交叉。

2.“商法通则”既非民商分立的标志，也非民商合一的典型表现。前者，因为它不是法典；后者，因为它不仅有调整个别领域的单行法，而且还有调整商事关系的一般规则。从这一意义而言，它吸收了民商合一与民商分立的优点，克服了民商合一、民商分离缺陷，是区别于民商合一、民商分立的另一种模式。

3.“商法通则”是否取代民法在私法领域中的一般法地位。民法与商法是同属于私法的两个法律部门，二者的关系可以界定为：商法是相对地独立于民法的一个独立的法律部门。但是，在实践中，凡商事事项，商法优先适用，民法一般适用、补充适用。这一结论，即使有商法典的大陆法系国家的学者也一直在坚持。

这里还有一个问题，那就是：“商法通则”作为调整商事关系的一般法意义的规则，它是否代替民法的一般法的功能呢？回答是否定的。因为，民法和商法的关系是就整个民法和整个商法而言的，二者是相对独立、相互依存，又互为补充的。而“商法通则”作为一般法意义的商事共同性规则，仅是就商法中具有个别领域特征的单行法而言的，它当然包含于商法之中，而不是在商法之外。因此，“商法通则”的出现，不会改变民法与商法的关系，也不会产生与民法的交叉和边界不清的问题。二者的共同存在不仅不会影响各自在国家法律体系中的地位，而且还会对各自的发展起到相互促进、取长补短的功效。因此，如此定位“商法通则”，它的边界是清楚的。凡在商法中属于统率性、一般性的规则，均应规定在《商法通则》中；虽不是明显的统率性、一般性的规则但却是其他单行商事法律和将要制定的单行商事法律中所不可能规定的规则，也应规定在“商法通则”中。相反，凡属于其他单行商事法律和将要制定的单行商事法律中能够规定的规则，“商法通则”则不应规定。与民法典

相比，“商法通则”仍属于特别法的性质。凡属于私法的一般规定应由民法解决，即使它现在没有解决，也等待它在制订民法典的过程中解决。凡属于商事事项的特别规则而又不具有个别领域特征的，应由“商法通则”规定，并且，“商法通则”可以创设特殊规定，诸如商事代理、商事留置、商业账簿、商号、商誉等。这就是“商法通则”的边界所至。

（二）“商法通则”与《民法通则》的关系

1．为什么不搞民法典而要搞《民法通则》

早在1982年，民法起草小组就起草了民法四稿。这时候就发生一个问题：当时制定一部完整的民法典的条件是否已经成熟？对于这个问题，历来就存在着不同的看法。早在新中国成立初期就有人主张搞一部完整的民法典。1979年成立民法起草小组时，也碰到这个问题。但是，有一点大家是有着共同认识的，那就是：制定民法要从实际出发，就是要体现经济体制改革的新经验。而中国的经济体制改革是从农村开始的，城市大规模的体制改革是在1984年10月十二届三中全会以后，1982年时，城市的经济体制改革还没有全面开展，例如，科技改革也是在1984年以后才有科技改革的决定。因而，当时还没有明确提出技术成果是商品，民法四稿里有发明权、发现权，但没有规定专利权。如果当时就制定完整的民法典，专利权等技术成果权利就不可能体现在民法中。但是，如果等所有问题都成熟以后再制定民法，也是不现实的，会严重影响和束缚经济改革的进程。在此情形下，中央提出了“零售”方针，即成熟一个搞一个，先制定一批单行法，于是就有了诸如经济合同法、民事诉讼法等一些系民事法律。但是，这样又出现了一个问题，这些已经颁布的民事单行法，虽然已经明确了一些具体的民事法律制度，但是，缺乏一个有关民事关系、民事活动共同遵守的规范，例如《民事诉讼法》规定了认定公民无民事行为能力的程序，但什么是有民事行为能力，什么是无民事行为能力，缺乏规定。《经济合同法》中提到法人，

但法人需要什么条件，也还没有规定。因此，需要对民事关系、民事活动应当共同遵守的规范做出规定。于是，就又提出一个是搞民法总则，还是搞民法通则的问题？开始想搞民法总则，但是根据当时的实际情况，需要规定的内容要比传统的民法总则要广。例如，民事权利问题，我们虽然有了一些单行法律，如继承法规定了继承权，专利法规定了专利权，但是有必要把公民和法人的主要民事权利给予概括性的规定。这样既可以有利于民事主体正确地行使和保护自己的民事权利，又可以把当时单行法中还没有规定的民事权利加以规定，如著作权、名誉权等。这样就使得这部法律具有一定的前瞻性和适用性。但是，如果这样设计的话，其所包含的内容就突破了传统的民法总则的内容，尽管其性质有着民法总则的作用，但是在民法典还没有开始制定的情况下，称民法总则也不合适，于是曾经有人提出叫民法总纲，在向委员长汇报情况后，委员长提出可否叫民法通则，经研究认为，称民法通则更符合实际，这样可以根据具体情况把需要规定内容写进去。

笔者认为，从上述的制定过程和以后的实践看，当时称《民法通则》的用意，应当还有一个重要的内容，那就是：在当时的历史条件下，以《民法通则》暂时起一个过渡性的作用，待条件成熟后在此基础上制定民法典或者民法总则，来进一步完善中国的民事法律体系。笔者的这一观点，已经为2002年12月23日全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然在第九届人大常委会第三十一会议上所作的《关于 < 中华人民共和国民法（草案） > 的说明》所证实。其说明的第二部分“关于民法编纂中其他几个主要问题”中的“关于民法总则”中说到：“在民法通则的基础上，草案主要对无民事行为能力人的年龄以及诉讼时效的期间等作出修改补充，……”可见，这里已经明确地表明：民法总则的制定是要以《民法通则》为基础的这样一个事实。因此，完全可以说：《民法通则》在制定时本身就带有民法总则的性质和地位，现在我们制定民法中的民法总则，就是要以《民法通则》为基础和胚胎。

2．《民法通则》与“商法通则”在立法指导思想方

面的联系

关于制定《民法通则》的指导思想学者们可以概括为许多内容，但是，依笔者看来，综合当时立法的背景与具体情况，实际上其基本的指导思想就是一句话，即：要从中国的现实出发。这个思想贯穿于整部《民法通则》的立法过程的始终。

关于制定民法的基本指导思想和基本原则，时任全国人大常委会副委员长，且直接负责《民法通则》的制定工作的彭真说过一句著名的话："我们的民法是中华人民共和国的民法，不是苏联、东欧国家的民法，也不是英、美、欧洲大陆或者日本的民法。我国的民法从哪里产生？要从中国的实际产生。首先要从中国现实的实际情况出发，这是立法的根据。"它还说："如果说什么是民法的母亲的话，就法律体系本身来说是宪法，但归根结底，还是中国实际是母亲。"这就已经十分明确地说明了我们制定《民法通则》的基本指导思想和基本原则。

那么，什么是中国的实际呢？根据《宪法》第1条的规定，社会主义制度是我国的根本制度。因此，我们在起草民法时，必须根据宪法，坚持社会主义原则。而我国的社会主义又是中国特色的社会主义。这个"特色"就是要不断地完善社会主义各项制度，不断完善就是要不断改革。民法的一个重要任务，就是要充分总结经济体制改革的经验，以保证和促进经济体制改革的顺利进行。这个任务在《民法通则》中必须有所体现。此外，从中国实际出发，还要研究中国的历史的实际，要研究我国的历史、民法史，还要注意研究群众的风俗习惯。《民法通则》里面关于监护制度的规定，就有传统民间习惯的影子。

当然，从中国实际出发，并不是不要研究外国的经验。因为，民法是调整商品生产，而商品生产在世界上是有其共性的，我们当然要研究、借鉴外国的比较成熟的经验。如法人制度、知识产权制度、物权制度等等，都应当成为我们研究、借鉴的对象。因此，从民法起草小组一成立，就开始了对法国民法典、德国民法典、日本民法典、苏俄民法典

以及其他一些国家的民法的研究，《民法通则》吸收了不少国外有益的经验。

制定“商法通则”与当年制定《民法通则》一样，也应当坚持从中国实际出发的指导思想和基本原则。具体来说，就是要认真总结中国改革开放30年来的经验、教训，特别是要认真总结民商事法律的立法经验，坚持走中国特色社会主义的道路，不断开拓进取，敢于学习，勇于实践，把制定《民法通则》的经验充分地运用到对于“商法通则”的制定中去。《民法通则》与“商法通则”的制定在指导思想和基本原则上应当是相通的，因为，二者均是调整商品经济的法律，其在调整对象上有一定的联系，比如都是调整财产关系的法律，只是民法侧重于人身关系和基本民事关系的调整，而商法则完全是调整一切与商事财产活动有关的行为，包括商事法人、商事个体、商事合伙等商事主体所从事的证券交易行为、票据行为、信托行为、海商行为、居间行为、行纪行为、担保行为、拍卖行为、招投标行为、仓储行为、存贷款行为、运输行为、投保行为、特许经营行为等等。二者的侧重点有所不同。尽管如此，二者都是为发展中国的商品经济（市场经济）和经济改革服务的，具有共同的目标，而且同属调整商品经济（市场经济）的法律，因此，二者的基本指导思想和基本原则应当是一致的，即：坚持走中国特色社会主义道路的立法之路，在认真总结、研究中国历史和实际经验的基础上，有侧重地学习和借鉴国外的立法和实践经验，使之能够为中国的民商事立法服务。

3．《民法通则》与“商法通则”在内容上的联系

国内外法学界一般认为，民法乃调整商品经济一般关系的法律，对商品经济关系的调整提供了一般规则，但其也只是提供了一般规则。对于主要表现为商事法律关系的市场经济关系中的复杂形态，则必须依赖于商法调整，由商法提供具体规则或特殊规则。

就《民法通则》与“商法通则”在内容上的联系来讲，笔者以为，

《民法通则》调整与“商法通则”同属私法范畴，乃调整民商事行为的法律，因而《民法通则》中的一些制度可以作为“商法通则”的一般性规定。譬如《民法通则》中的主体制度可以作为对于商品经济活动主体资格的一般性规定。任何个人和经济组织，不管是否从事营利性经济活动，其法律地位的最终确定都是由民法上的主体制度来完成的。商法上的主体制度即商主体制度实际上只不过是民事主体制度的具体化而已，或者乃民事主体特殊类型的特殊制度设计。具体到具体的商主体类型，如公司制度无非民法中法人制度的一种最典型形式，合伙企业制度无非民法中合伙制度的典型或高级形态而已。

此外，“商法通则”中的许多制度可以以《民法通则》规定的制度为前提设立的。例如，商法中的代理制度虽系特殊规定，但其适用仍须以民法代理制度的一般规定为其前提或基础。此外，民法中的民事责任制度也可以适用于一切商事法律关系之中。有些民法基本原则如诚实信用原则、私法自治原则、公平原则等亦属商法基本原则。

4. 《民法通则》与“商法通则”的区别

“商法通则”不同于《民法通则》。

“商法通则”的适用范围是社会平等主体之间的商事关系，而《民法通则》是适用范围则是适用范围是社会平等主体之间的财产和人身关系。“商法通则”是在中国对改革开放已经积累了丰富经验的30年以后制定的，无论是法制建设的成熟程度和社会经济发展基础都是与20年前颁布《民法通则》时的情形所不可比拟的，因此，现在再制定“商法通则”，是不会再走《民法通则》的弯路的。因为已有较为成熟和成型的民法典作为立法的基础，其与“商法通则”的制定也不会产生太大的矛盾，因为，前面已经走过了前人没有走过的道路。《民法通则》制定的前提是在中国的法制建设和现代化经济建设刚刚起步不久的时期，尚无形成一整套现成的法律体系，《民法通则》实际上起到了民法典和商法典的共同的历史作用，具有开创性的功能；而“商法通则”则是在已经具

备了民法典的基础上，制定的一部民法特别法，其作用仅仅限于商事领域中的基本的法律问题，一些具体的制度规范已经完整地体现在一系列早已颁布的商事单行法中，因此，不存在要对具体制度的创新、完善进行指导、引领的作用，其更多的内容是对现行的制度的确认、发展和延伸。因此，两者是不能等量齐观的。

（三）“商法通则”与《民法典》的关系

“商法通则”是民法典的特别法。

笔者认为，商法是相对地独立于民法的一个独立的部门法。商法有着属于自己的、不同于民法的立法价值取向、调整对象、主体范围、性质与特征，因此，它与民法虽同属于私法领域，但其自身却具有独特的法律调整对象——营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事法律关系，因而，它完全有资格成为一个独立的法律部门。但是，鉴于民法与商法又有着诸如同属私法范畴，民法的主体制度可以作为对于商品经济活动主体资格的一般性规定，商法中的许多制度是以民法制度为前提设立的等共通性，因此，在“独立于民法”之前还应当加上一个“相对”二字，这里的“相对”有比较的意思，也就是说，这仅仅是相对于民法而言，而不包括与其他部门法相比。但对这个“相对”还要做限制性解释，那就是：这里不存在一个谁吃掉谁、谁属于谁的问题，更不存在所谓谁可以代替谁的问题。在今天的市场经济社会中，民法与商法应该在共同依存、共同发展的前提下，在立法和实践中各自应具有各自的独立性，尤其是在立法中，其应当有着独立的法律体系，其中包括独立的规则体系、独立的适用范围、独立的责任体系和独立的理论框架，那种认为商法不能独立存在，而应当依附于某一个或几个法律的观点是站不住脚的，这显然是受到了计划经济时代轻商思想的影响，既不利于市场经济的发展，更容易回到过去轻商的老路上去。持商法不能独立的观点的一个重要理由，就是认为民法与商法有着一些共通的法律制度和原则。

但是，也应当看到，在这些共通的制度和原则背后，商法其所特有的诸如促进交易便捷原则、商主体法定原则等，却又是民法所不具备的。

商法的发展与商业的发达有着密切的关系。一个国家的强盛与否，与其商业的发达程度是密不可分的。这可以从世界历史上各大国崛起的历程中得到注脚。而商业的繁荣与发达既要依靠国家的经济政策，更需要完备的法律体系的促进和保护。而在这法律体系中，仅有以对社会经济活动的权利体系进行静态形式的确认的民法是远远不够的，能够迅速反映和调整营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事法律关系的商法，则是促使社会经济发展，保护商主体的利益及其商行为的基本法律体系，也是商法义不容辞的神圣职责。

笔者认为，“商法通则”乃民法典的特别法，凡是民法典已经规范了的有关民商事通用的原则、制度、规则，如合同制度、担保制度、民事权利体系等等，“商法通则”均无必要予以重复的规定，其必须规定的应当是那些民法典中尚未规定，或者民法典无需，或者本不属于民法典调整范畴的内容。如商法特有的基本原则、商法的适用范围和适用规则、商主体、商行为的基本形式和类型等等。但是，还应当重申的是：作为一个商事立法集合体的商法则不是民法的特别法，它们都是国家法律体系中不可或缺的相对独立的法律部门。因为，它涵盖了商法的全部内容，无论在体例上、内容上、性质上与商法典无异，只不过在形式上不是一部集中的、严密的法典而已。因此，作为一个完整的商法体系其法律性质、在国家法律体系中的地位与民法典应该是完全相同的，根本不存在所谓一般法与特别法的关系问题，更不存在谁属于谁，谁适用谁的问题。因此，这里要特别明确的是：“商法通则”绝对不等同于整个商法体系，“商法通则”只是整个商法体系中的一个组成部分，根本不能涵盖和代表整个商法体系。

因此，在中国整个的法律体系中，“商法通则”只能作为《民法典》的特别法，其地位相当于民法典的下位法和配套的法律。这样可能更加有利于理顺中国“商法通则”与民法典之间的关系，以及各自在中国整个

法律体系中的地位。

（四）“商法通则”与商法典的关系

“商法通则”不同于商法典。

“商法通则”无论在体例、涵括的内容、性质、地位等方面均与商法典具有很大的差距。在体例上，“商法通则”可能仅有一百余条，篇幅不会超过十章，而如果作为一部商法典则远远不止这些篇幅，特别是如果欲将其搞成与民法典并驾齐驱的法典的情况下，其篇幅是会大大超过“商法通则”的，其规模至少不能与民法典相差过于悬殊。在内容上，“商法通则”仅就商法中的原则性的、基本性的问题，以及在其他各商事单行法中无法集中体现的有关商事活动的通行的一些基本的准则，例如：商主体的基本形式和种类；商事行为与商事代理的构成；商业名称的取得、种类、商号权等；商事账簿的种类、内容和置备等；商事责任的种类和承担方式等等。而商法典的内涵则除了上述的“商法通则”中所包含的内容外，至少还要包括：商法对于民法的适用；各类商事组织的基本规范；不能为合同法所包含或者不同于合同法之规定的各种合同的规定；商事登记的机关、范围和基本程序；各类商行为的基本规定；甚至，它还要将一些已经颁布的商事单行法律、法规包括进来，如有关运输、仓储的法规等等。总之，它需要一个全面的、系统的、逻辑较为严密的有机的统一体。其内容会远远多于“商法通则”。在性质上，“商法通则”仅是民法典的特别法，它可以划入民法典的范畴之内。而商法典的性质则完全不一样了，它是一部完全与民法典并驾齐驱的国家的基本法律，无论其名称叫《中华人民共和国商法》也好，叫“中华人民共和国商法典”也好，其在性质上是与民法（或民法典）完全一样的。在地位上，“商法通则”不具有完全独立于民法典的法律地位，它是民法典下位法。而商法典则与民法典的法律地位完全一样，不存在谁附属于，在适用时谁参照谁、谁是谁的补充的问题。因此，两者是两个完全不同

的法律。

但是，应该特别指出的是，作为整个的商法体系，与民法典则是可以比肩的，因为，它涵盖了商法的全部内容，无论在体例上、内容上、性质上与商法典无异，只不过在形式上不是一部集中的、严密的法典而已。因此，作为一个完整的商法体系其法律性质、在国家法律体系中的地位与民法典应该是完全相同的，根本不存在所谓一般法与特别法的关系问题，更不存在谁属于谁，谁适用谁的问题。因此，这里要特别明确的是："商法通则"绝对不等同于整个商法体系，"商法通则"只是整个商法体系中的一个组成部分，根本不能涵盖和代表整个商法体系。

（五）"商法通则"在中国整个法律体系中的定位

笔者始终认为，中国商法是完全独立于经济法、刑法、诉讼法、劳动法、行政法等其他部门法，而仅相对地独立于民法的部门法。因此，在立法中应当具有其独立的地位和体系。作为整个商法体系中的一个重要组成部分的"商法通则"，其在中国整个法律体系中的位置可以概述为：民法典的特别法，适用于一般和特殊商事行为中属于统率性、一般性的规则的统一的规范性法律文件；其在整个商法体系中居于核心和统率性的地位，其法律位阶与现行的《民法通则》相当，起着商法总则和商事基本法的作用。

三、制定商法通则的必要性和可行性问题

（一）制定商法通则的必要性

商法通则，作为调整商事关系的一般性规则，它指导其他单行商事法律，如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法、票据法、保险法、商业银行法、破产法等的适用，同时又区别于这些单行法律，可以单独适用。

但是，这里需要指出的是：商事通则和“商法总则”是不同的概念，有成文商法典的大陆法系国家，其法典的总则部分内容各不相同，不过一般涉及商事主体（商人）身份、商事登记、商号、商事簿记、商事代理及经理权、商事辅助人（如代理商、经销商、行纪商等）；而商事通则的概念，大致相当于这些商法典的总则部分和商行为部分的总称，比“商法总则”概念涉及的范围更为广泛。原则上，可以认为商事通则的内容基本相当于国内商法学研究中“商法总论”的内容。而且，目前国内高校法学专业开设的“商法总论”课程以及相关教科书，其内容也大致与上述对商法通则的界定近似。

关于设立“商事通则”之必要性，有学者持怀疑态度：“制定诸如商人、商行为、商事代理之类的总则性规范没有必要。所有的特别法都可以统一适用民法典总则，主体适用主体的规定，行为可以适用民事法律行为的规定，诉讼时效适用统一的民事诉讼时效的规定，商事代理可以适用一般代理的规定。”这一理解有待商榷，对于商事主体和商事交易的需要显然注意不够。虽然诸如主体制度、法律行为制度、代理制度、物权制度、一般债法制度等，都是民商法共有的。其中对一般民事主体和一般民事法律行为都适用的制度，当然地适用于商事主体和商行为。这也是在民商分立国家，凡《商法典》中没有特别规定，就适用《民法典》等民事法律的原因所在。这种现象并不能说明所有商事交易中的法律关系都可以被《民法典》所包含。实际上，由于商事法律关系的营利性特征，使它除了具有与一般民事法律关系的共性之外，还有很多特性存在，而这些特性体现在实然法的规则上，即为各商事法律的内容。如果淡化这些差异，忽视民、商法中不同性质的相似法律规范，必将导致较为严重的立法和实践问题。而只要在商事通则性的立法中体现出商法对这些制度的特殊规定，这种由民、商法差异所引起的问题就至少会得

到很大程度上的缓解。更由于商事主体资格、商事登记、商号、商事簿记等纯粹属于商法特有的一般性制度的存在，我们可以认为，《民法典》和特别商事法律之间仍然存在着巨大的立法空白，这一空白需要通过商事通则性的立法来填补。

笔者认为，设立“商法通则”，以其为商事法律法规之一般性法律之理论和实践优势在于：

1.有利于我国理论界结束长达半个多世纪的无休止的争议。纵观我国商事立法史，自清末和民国初期实行民商分立的立法格局以来，至南京国民政府力主采民商合一立法模式，学者对于“民商合一”与“民商分立”立法模式的优劣就一直争议不休。1929年《中华民国民法》第一编总则公布后，由立法院院长胡汉民等人向国民党中央政治会议第183次会议提交了一份关于制定民商统一法典的提案，政治会议审查通过了该提案，并从八个方面进一步阐述了采用民商统一法典的理由，这对中国法学界的影响非常深远。在中国改革开放的历史条件下，大陆学者又陷入了“民商合一”和“民商分立”旷日持久的争论，其实，现在主张“民商合一”观点的许多学者，其论点、论据并没有超过该提案的八点理由。我国如果制定了《商事通则》，就会结束理论界长达半个多世纪的无休止的争论，使理论界集中精力研究我国民法、商法和经济法的现代化和协调发展问题。

2.中国采用单行商事法律的立法模式，虽然有灵活、务实、简便等优点，但由于缺乏总则的统率，难收纲举目张之效，使单行商事法律变成了孤立、单一的法律，不能形成商法内在应有的体系，这显然不利于对我国市场经济关系的统一规制，亦无助于对单行商事法律原则、制度、规则的统一理解，更不利于对单行商事法律的贯彻实施。此种状态下的商事法律，有如一个人只有四肢躯干而没有头脑，无法通过头脑的指令来驱使四肢的自如运动。而通过设立商法通则，就可以改变这种状况，以其统领商事单行法，形成我国商事法律的有机系统。同时，与编纂涵盖商法内容的民法典或是独立商法典相比，结合我国现有商事单行

法，仅编纂商法通则，其立法成本要大大减少。

3.渊源于贸易本位的交易效率价值、交易安全价值和交易公平价值等，是商法特有的价值观和价值基础。作为商法调整对象的“商”，其本质是资本谋求价值增殖的活动，资本的运动使商具有了营利性和经营性特征，从而构成了商法有别于民法的调整对象。商事交易具有区别于民事交易的巨大差异，表现在交易主体从自然人到公司，交易客体从特定物到种类物，交易目的从对标的物的实际利用到转卖营利，交易过程从“为买而卖”到“为卖而买”，交易对价从等价到不等价，交易链由短到长，交易特点从随机性到营业性，交易条件从任意到定型。商事交易所表现出来的与民事交易不同的特点，蕴涵着商法与民法截然不同的理念，并要求用商法规范予以特殊保护。这一系列商事法律法规内在价值属性客观上要求商事法律体系必须是独立的部门，也必须存在统领商事单行法的一般性法律以明确规定商事法律的独有价值追求。

4.超越“民商合一”与“民商分立”，制定“商法通则”不仅是商事法律外部立法选择的客观要求，更是商法内在发展趋势的必然要求。自上世纪80年代末兴起的知识革命以来，人类社会发生了巨大的变化，尤其在经济领域内，经济飞速增长，新产业、新技术层出不穷，商业关系日趋复杂、多样，扩地区、跨国商业往来与日俱增，作为社会上层建筑的法律制度也随之发生变化，特别是作为调整商事活动的商事法律法规更是呈现出与以往更为显著的巨变。其发展趋势主要呈现出：（1）动态化趋势；（2）大陆法系和英美法系的相互渗透；（3）国际化与统一化趋势。这些发展趋势使得各国商事法律法规不断修改、不断变化，而世界性的商事条约、商事规定、商事组织规章也日益增多，这些国际性法律法规成为国内商事法律的重要法律渊源。而在国际法向国内法的移植、融合过程中，必然要求存在基础性法律来统领本国原有的法律传统、法律价值等核心要素，使得不同国家、不同法系之法律融合能够做到协调发展，也只有《商事通则》在商法发展过程中能起到这一重要作用。

5.就我国商事立法的现状分析，由于长期以来国内市场与国外市场

的分别管理，加之国内市场的多头管理，导致政出多门，立法多头，与统一市场、统一规制的市场经济的法制要求极不适应。同时，由于商事立法缺少系统性和前瞻性，致使商事法律、法规杂乱无章，缺乏统率，不成体系。而制定“商法通则”，既可矫正追求形式商法主义的偏颇，又可实现商法体系的完善，同时又不根本性地改变我国采用单行商事法律的立法模式，这种一举而三得的立法动议，理应得到我国立法机关的采纳。

6.有利于树立和增强人们的商法意识与商法观念。中国如果制定了《商法通则》，就等于采用了“私法二元结构”的立法格局，商法独立部门法的地位就会得到正式确定，与此相适应，商法有别于民法的调整对象、内在本质特征和外部清晰边界等基本理念以及商法独特的调整机制、法律属性、价值取向、基本原则、构成体系就会呈现在世人面前，人们自然会树立起独立的商法意识和商法观念。

7.有利于统一协调中国现行的单行商事法律。面对“民商合一论”和“民商分立论”的激烈争论，中国立法机关采取了非常实务的立法态度，即随着社会主义市场经济改革取向的确立，相继颁发了《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《合伙企业法》、《证券法》和《个人独资企业法》等一系列单行的商事法律。由此可见，中国现行商事立法采用的就是单行商事法律的模式。但由于对商法缺乏科学的认识和合理的界定，中国颁行的各种单行商事立法具有一定的应急性和盲目性，在系统性、科学性、前瞻性和国际性方面还存在一定的不足，而且它们之间还缺乏相应的协调性和统一性。《商法通则》的制定，可以适应中国商事立法模式和制度的创新，不仅有利于实现对商事关系的基本调整，统率中国现行的商事立法，改变中国商事立法群龙无首的现状，而且有利于进一步协调统一中国的商事立法，使其沿着正确的方向健康地向前发展。

8.有利于促进中国市场经济的大力发展。在欧洲中世纪，商人进行了一场“商业革命”，在这场“商业革命”中，商品经济飞速发展，商人阶

层逐渐形成，为了保护自身的特殊利益，不被封建主和教会所压迫，在政治上取得自治地位的商人便为自己制定了商人法，并使之成为一种独立于封建庄园法和教会法的商人法。正如西方学者所言："商业革命有助于造就商法，商法也有助于造就商业革命"。在中国大力发展市场经济的条件下，制定《商法通则》有利于重塑商人观念、提升商人素质、弘扬商人精神，进一步促进中国工商业的繁荣和市场经济的飞速发展。

中国著名商法学者赵旭东教授则更为明确地阐述了制定商法通则的五大理由，即：（1）制定商法通则是超越民商合一与民商分立争议的务实立法选择；（2）制定商法通则是商事法律制度自身体系化、科学化的必然要求；（3）制定商法通则有利于填补中国当前商事法律规定不足，统一协调和解决相关法律制度之间的矛盾与冲突；（4）通过制定商法通则可以提升有关商事制度的立法层次，加强对商事关系的法律调整；（5）社会经济发展、法律意识的提高、立法和司法方面的实践经验以及丰富的理论研究成果，已为制定商法通则打下了坚实的立法基础。

综上所述，笔者认为，制定一部完整的"商法通则"，不仅是十分必要的，而且应成为中国立法活动中一项重要的工作。

（二）制定商法通则的可行性

制定"商法通则"既是必要的也是可行的。从目前的情况来看，中国制定"商法通则"的时机已经成熟、条件基本具备，主要表现为：（1）中国已经颁行了大量单行的商事法律、法规和规章，为制定"商法通则"奠定了坚实的立法基础；（2）中国已经审理了大量商事案件，为制定"商法通则"提供了相应的司法经验；（3）中国已经加入了WTO，为制定"商法通则"提供了可资遵循的国际准则；（4）中国的市场经济得到了迅速发展，为制定"商法通则"打下了一定的经济基础；（5）中国商法学界形成了不少卓有成效的科研成果，为制定"商法通则"奠定了一

定的理论基础。

在这里，笔者要特别强调的是：制定一部“商法通则”可能更加符合中国立法机关的意愿，也将有利于尽快完善中国的商法体系。

众所周知，在立法实践中，中国的民商立法体系在较近的时期内，是不可能轻易改变所谓民商合一模式的。该模式不仅已经在中国一些有影响力的民商法学者的头脑里根深蒂固，而且也得到了中国最高立法机关的高度认可，因此，欲在短期内改变这种模式是不可能的。为了能够尽快实现完善中国商法体系，促进中国商业的发展，保护中国商主体的权益，实现中国与国际商法的尽快接轨，在国际上维护中国的利益，本书认为，作为那些迫切希望中国商法体系尽快完善，中国的形式商法能尽快出台的商法学者们，应该采取立足现实，脚踏实地的工作作风，在为中国商法的未来去呐喊、去呼吁、去奋争的同时，不妨采取更多的务实的心态，以不贪图大而全，只追求精而实的精神，以为中国商法的发展铺垫好坚实的台基石的精神，去做我们能够做到也应该能够做到的事情。这个事情就是：坚持实质商法主义的民商分立原则，对于中国特色的商法体系勇于进行模式创新和制度创新，为适应对统一市场的法律调整，应当适时地提出制定《商法通则》的立法建议或者草案建议稿，以实现商法对统一市场的全面规制，并实现商法体系自身的健全与完善。那种到现在还热衷于空谈的现象，应该休矣！

任何事情都不是等来的，而是干出来的。什么叫做可行性，实际上就是先入为主，只有在你拿出一个切实可行的具体的方案，或者干脆提交一个成熟的草案，到那时，即使是不可行的事情可能也会成为可行性的东西的。因此，尽快地出台一部甚至几部《商法通则》的草案建议稿，才是我们商法学者应当去认真从事的工作。那种怨天尤人、愤世嫉俗、书生式的研讨态度和做事方法，可能永远也不会产生所谓的“可行性”结论。

因此，我的可行性结论就是：大胆地去研究，大胆地提出自己认为可行的《商法通则》草案建议稿，并且一方面呈送到国家最高立法机

关，另一方面尽快向社会公布，以赢得社会各界，尤其是商界同仁的认可和关注，从而为立法打下牢固的社会和舆论基础。任何一部法律，如果离开了社会的认可和舆论的肯定，是很难发挥其应有的社会效果的。这就需要法学者的鼓噪与呐喊，需要法学者的辛勤地耕耘。抛弃浮躁，埋头苦练，引领潮头，勇于超越，才是我们法学者的真正的精神和责任之所在。

四、制定商法通则可能存在的障碍与冲突分析

1.学界的困惑

学界对于制定商法通则的最大困惑莫过于是担心是否会因此而打破现在通行的所谓民商法（学）的体系，从而威胁到所谓“中国民商合一的传统”。

2.立法机构的犹疑

立法机构对于制定商法通则最大的犹疑莫过于担心是否会因此造成《中华人民共和国民法》与商法通则的冲突。

3.大众暂时的不理解

大众的对于制定商法通则最大的不理解在于对商法的陌生。

五、商法通则的体系结构问题

笔者认为，中国《商法通则》的结构大体如下：

第一章 总则，规定商法的适用范围、基本原则和适用规则；

第二章 商主体，规定商主体的基本形式和种类；

第三章 商行为与商业代理，包括商事行为与商事代理的构成、一般商事行为和特殊商事行为等；

第四章 商业登记，包括商事登记机关、登记范围等；

第五章 商业名称，包括商业名称的取得、种类、商号权等；

第六章 商业账簿，包括商事账簿的种类、内容和置备等；

第七章 商事诉讼时效，包括诉讼时效的适用范围、诉讼时效期间的起算、中断、终止和延长以及诉讼时效期间届满的法律后果等；

第八章 商事责任，包括商事责任的种类和承担方式等；

第九章 附则，包括商事部门法的范围及其制定、有关术语的含义、生效时间和解释机关等。

在法律的适用上，我们应当坚持商法优先适用，民法一般适用和补充适用的原则。其一般规则是：在商事关系的调整中，优先适用《商法通则》和商事单行法；《商法通则》和商事单行法未规定的事项，适用企业章程或合伙协议；企业章程或合伙协议未作规定的，适用民法。

在《商法通则》与单行商法之间的协调问题上，其解决的前提是必须明确《商法通则》的体系及其具体内容。既然已经明确《商法通则》乃商法领域之基本法，其理应成为单行商法的一般指导，并构成单行商法规范的一般规定与补充规定。这样，以《商法通则》为中心并使《商法通则》成为统摄性法律文件的全部商法规范就形成了一个具有有机联

系的、形式严密的体系结构。

综上所述，中国市场经济的改革取向和飞速发展，为中国商事立法的出台和商法学的发展提供了良好的机遇。我们坚信，随着中国全面科学发展观的进一步实施，经过商法理论界和立法机关的共同努力，一个人类社会未曾有过的、标志着中国商法独立地位已经确立的《中华人民共和国商法通则》必将呈现在世人面前。其法律位阶应当与1985年的《民法通则》一样，即由全国人民代表大会表决通过。

（原载于2011年11月西北政法大学民商法学院编：《“商法通则”暨前沿问题研讨会论文集》）

---

1. 许嘉璐主编：《汉字标准字典》，辽宁大学出版社2001年8月第1版，第777页。
2. 许嘉璐主编：《汉字标准字典》，辽宁大学出版社2001年8月第1版，第76页。
3. 《新华词典》（2001年修订版），商务印书馆2001年修订第3版，第982页。
4. 覃有土主编：《商法学》，王保树主编：《中国商事法》（新编本），赵万一主编：《商法学》，施天涛著：《商法学》等皆采此观点。
5. 参见寇志新主编：《商法学》，法律出版社1996年版，第1页。
6. 参见赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社1999年版，第3页；《法学词典》（增订版）, 海辞书出版社1985年版，第867页。
7. 参见徐学鹿主编：《商法教程》，中国财政经济出版社1997年版，第1页。
8. 参见史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》2001年第4期。
9. 参见张国键著：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第7页。刘清波著：《商事法》，台湾商务印书馆1995年版，第1页。刘兴善著：《商事法》，台湾三民书局1984年版，第1页。郑玉波著：《商事法》， “大中国图书公司”1998年版，第2页。梁宇贤著：《商事法论》，中国人民大学出版社2003年版，第3页。
10. 参见董安生等著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第23页。
11. 参见范健主编：《商法》（第2版），高等教育出版社、北京大学出版社2002年版，第5页。

“商法通则”三大基本制度研究

一、商主体制度

（一）商主体的界定

对于如何界定商（事）主体，历来存在着不同的观点。就中国而言，对于商主体的界定，归纳起来，不外乎两类学说：一是广义说。该说认为，商主体即商事法律主体的简称，是指依照商法的规定，具有商事权利能力和商事行为能力，能够以自己的名义参加商事法律关系，并在其中享有商事权利、承担商事义务的公民和组织。此说包括了商人、商会、商事主管机关（如商业登记主管机关、金融主管机关、证券主管机关）。[注]二是狭义说。该说认为，商主体专指以营利为目的、经核准登记从事商品生产和经营的个人和组织。[注]持此见解者为主流。如，有学者认为“商事主体”作为商法学上一个科学的基本概念，应定义为：是指依商法规定、独立享有商事权利和承担商事义务的组织和个人。[注]等等。

外国法中，一般将商主体称为商人。商人在商法体系中处于极其重要的地位，并成为区别于民法的重要标志。譬如，《法国商法典》第1条规定：“从事商活动并以其作为经常性职业者，为商人。”[注]《德国商法典》第1条第1款规定：“在本法典意义上，商人是指商事经营者。”[注]《日本商法典》第4条规定：“本法所称商人，指以自己名义，以实施商

行为为业者。”㊟《韩国商法》第4条规定：“商人，是指以自己的名义从事商行为的人。”㊟由此可见，在法国、德国、日本、韩国等国的商法典中，关于商事主体（商人）概念的规定，差异并不是很大。

上述关于商主体的概念，有的采广义说，扩展了商主体的外延。有的则带有传统商法的影子。若欲从现代商业发展的角度，更加准确地界定商主体的概念，笔者以为，应当首先厘清的以下几个主要关系。

1.商主体与民事主体的关系

商主体具有不同于一般民事主体的法律特征。其一，从本质上说，商主体是一种法律拟制的主体，它所享有的权利能力和行为能力具有特殊性。这种特殊性主要表现在能力的形成上，即商主体的形成一般须经过国家的特别授权程序，如履行工商登记。其二，商主体是从事以营利为目的的营业活动的主体。商主体能力的存在与其所实施的营业活动密切相连。其三，商主体是商事法律关系中的当事人。即在商法上享有权利并承担义务。

2.商主体与民事主体的权利能力和行为能力的关系

商主体具有不同于一般民事主体的权利能力和行为能力，从而形成了商事行为能力与一般民事行为能力的区别。这种区别主要表现在：其一，商事能力是商主体依法从事商行为，并由此而承担法律上的权利义务的行为能力，它表明了商主体在商法上的特殊资格和地位。而一般民事主体不享有法律上的这种特权，这就是未经法律授权，一般民事主体不得从事商事经营活动的法律原因。其二，商事能力是一种附加于民事能力之上的能力，即具备商事能力者一般应以具备民事能力为前提。但具备一般民事能力并不必然具备商事能力。从这个意义上说，商事能力是一种特殊的民事能力。其三，商事能力以法律授权为前提，商事权利

能力和商事行为能力皆以法律授权范围为限，并以授权起止为权利存续期限。而一般民事能力，更多地与自然人的生命延续和意思成熟程度密切相关。由于商事能力的特殊性，不少国家法律规定了对商事能力取得的限制。如对行为人取得商事能力的限制，这种限制表现在对未成年人、外国人等获得商事能力的限制；又如对因从事特定标的物的经营而对商事能力的限制等等。㊟

3.传统商法中的商人与商主体间关系

我国目前尚无基于法律规定的商主体定义。在法学界，关于商主体的概念，也是莫衷一是：有谓商人者，有谓市场经营主体者，有谓市场主体者。笔者认为，商人概念是存在于近代商法中的概念，现代商法中则不宜使用。并且，在我国传统文化中，商人的含义往往限定在从事买卖活动的商贩，而且将其限定在自然人，因而与商主体意义上的商人的含义有着一定的差距。在立法中，使用商人这一概念极易引起普通群众的误解，而且也会缩小商主体的范围。商主体固然属于市场经营主体，但市场经营主体则不限于商主体，那些非营利组织也可谓市场经营主体。因此，以市场经营主体指称商时主体，也不够确切。至于所谓市场主体，则属于更加模糊的概念。其外延基本上与市场经营主体相同，但从广义上还完全可以认为包括作为市场监管者的国家机关。因此，也不宜采用该概念。现代商主体概念既应反映其商法特性，也应反映商事主体之为商事法律关系发动者的内在含义，应当成为现代商法的法定概念。也就是说，传统上的商人概念已经不能包含现代商事主体的内涵及外延，而要以市场经营主体或市场主体作为商主体的界定的范围，恐也与中国现实情况不符。因此，笔者认为，传统上的商人自然应当包含在现代商主体的范围之内，而现代社会经济活动中所产生的新的商主体形式，也应成为商主体的表现形式。但是，对于这些新的商事主体形式的确定则必须采法定原则，即体现商法的基本原则之一——商主体法定原则，即在商法中明确规定商主体的定义及其范畴，以明确商法保护和规

制的主体范围，从而构建起符合国情的中国现代商主体体系。

综上所述，笔者认为，在现代商法中，商主体指的是，能够依法律规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织。这里的个人，也称为商个人，具体包括个体工商户、农村承包经营户、独资企业主和其他依法独立经营、享受权利和承担义务的个人。组织，也称为商组织体，可以分为商法人和商合伙两类，具体包括公司、各类依法成立的企业和依法独立经营、享受权利和承担义务的组织。这里之所以要加上“依法独立经营，享受权利和承担义务的组织”，主要是考虑到随着经济的发展今后可能出现的各种类型的商组织形式。商主体的这一定义不仅应明确商主体与商事法律关系主体之间的区别，而且还应明确商主体与商行为的实施者之间的区别。这样，就澄清了多年来中国学者将商主体视为商事法律关系主体的简称的错误认识，肯定了在同一法律关系中对于不同类型的法律主体来说其行为性质也具有相应区别。此外，将商主体界定为个人和组织，既明确了在商主体内涵与外延上含混不清的认识，而且还体现了中国目前的实际情况，也为今后商主体形式的发展提供了法律空间。

（二）商主体的法律特征

商主体的法律特征具体表现在：

1.商主体须是商法上确认和规定的主体

商主体参加商事活动，并在其中享受权利、承担义务的资格是由商法所赋予的，商法是组织和个人享有商事主体资格的直接依据。商法若无规定，便不能成为商事主体，他们可能成为民法上的民事主体，行政法上的行政主体等其他主体。总之，商主体的特殊性决定了并非任何人所能为之，必须达到商法规定的主体条件，才可进入市场。否则商主体

与其他主体杂芜不分，鱼目混珠，必致市场无序、经济混乱。

2.商主体须有商事权利能力和商事行为能力

商事权利能力是指商法所赋予的、商事主体能够参加商事法律关系，并在其中享受商事权利和承担商事义务的资格和能力。而商事行为能力则是指商主体在法律规定的范围内，通过自己的意志独立进行商事活动，并取得商事权利和承担商事义务的一种资格或能力。在商法中，商事主体的权利能力与行为能力须依商法明确规定才具有。倘若某个组织或个人只具有民法上一般的民事权利能力和民事行为能力，而未具有事权利能力和行为能力，则仍不能成为商事主体。但商法有特殊规定者，则适用其规定。

3.商主体是商事活动的参加者

商事主体是商事法律关系的缔结人，权利义务的承担者。商事活动是以营利为目的的、独立的、持续的、不间断的职业性经济活动，具有营利性、持续性、公开性、正当性等特征；商主体便是商事经营中的发动者，法律后果的归属者，其在商事活动过程中可以通过特定的商行为设立、变更、消灭商事法律关系。其具体体现为：

首先，商主体必须取得商人资格。商主体是依法取得从事商事经营活动资格的人。依照中国法律规定，商主体欲从事商行为必须在满足法律规定的条件下依照法定程序进行登记注册，取得从事某项经营活动的营业执照。不能取得商人资格的人不能成为商主体。

其次，商主体实施商行为具有营利性。商主体实施商行为的目的在于获取利润，非以营利为目的的主体不能成为商事主体，如党政机关、军队以及其他社会团体不能成为商主体。

再次，商主体以实施商行为作为其经常性职业。那些偶尔实施商行

为的人不能成为商主体。一般来讲，只有公司企业、合伙企业、个人独资企业等具有固定生产经营场所，并以长期从事某种商业活动为职业的个人或组织，才能成为商主体。

4.商主体是以自己的名义自身进行经营者

商事交易须是商主体以自己名义自身进行经营，直接对商主体发生经济上和法律上的后果。在特别的情况下，可通过代理人处理商务，但代理人必须在法定或约定的范围内从事商事活动，且最终结果由被代理人承担。由此可将商主体与商业辅助人区分开来。

（三）商主体的范围及分类

1.传统商法之商主体分类

民商分立国家都有关于商事主体的规定，但其范围并不一致。《法国商法典》关于商主体规定有公司、商品交易所、证券经纪人、居间商和行纪商等形式。《德国商法典》规定有必然商人、应登记的商人、自由登记商人（含农业和林业企业）、形式商人和其他商人等形式。《日本商法典》规定有固有商人、形式商人、拟制商人、小商人和其他商人等形式。《韩国商法典》规定有法定商人、拟制商人和小商人等形式。除此之外，各国商法中，还存在着公司、隐名合伙、民事合伙、代理商、居间商和行纪商等按照组织与经营方式划分的具体商主体中的几种形态。

显然，各国划分商主体的标准并不统一，这些不同类型的商主体，并非依照同一标准所作的一次性划分。但若以组织形式划分，大体上可以将商主体范围界定为公司（有限责任公司与股份有限公司）、商合伙（含无限公司与两合公司）、商个人等形式。

2.中国现行商法之商主体类型

中国商法学界一般将我国商法中存在的商主体分为商事法人、商事合伙与商事个人三种基本类型。

商事法人可以作如下分类：

(1)国有商事法人。它是指根据我国民法、企业法、公司法的规定，由国家投资设立的、从事生产经营活动的，具有独立的权利能力和行为能力，并获得法人资格的企业或公司。国有商事法人是我国现行经济生活的主体，在国民经济中发挥着主导作用。根据中国国有企业的相关规定，它可以是国有企业；根据《公司法》的规定，它可以是国有独资公司。

(2)集体商事法人。它是指根据中国民法、集体企业法和其他相关法律、法规的规定，由公民或集体单位组合而成的、从事生产和经营活动的、具有独立权利能力和行为能力、能够独立承担法律责任并获得法人资格的集体商事组织。根据《中国集体企业法》、《公司法》、《农民专业合作社法》和部分地区颁布的股份合作企业暂行条例的规定，集体商法人在组织形式上，可以是工厂、合作社、合作商店、有限责任公司、股份合作企业等。它在中国现行经济生活中占有相当比重。

(3)合营或合资商事法人。它是指由两个以上的投资主体共同出资，经工商登记注册而成立的商事组织。根据中国《民法通则》的规定，如果是两个以上法人组织联营并获得法人资格的属法人型联营企业；根据中国《公司法》的规定，如果是不同投资主体共同投资组建的，可以是有限责任公司或股份有限公司。合营或合资商法人具有独立的法律人格，并以自己的名义独立从事商行为。合营或合资各方以其出资额为限对商法人的债务承担责任。所建立的商事法人以其全部财产对外承担法律责任。

(4)私营商事法人。它是指由私人投资经营而取得法人资格，投资者以其出资额为限，商法人以全部资产对外承担责任的商事组织。根据中

国私营企业法和公司法的规定，它可以是私营企业，也可以是公司。根据《公司法》的规定，私营商事法人的主要形式是有限责任公司和股份有限公司。此外，公司个人可以依法成立一人有限责任公司。其性质是只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

(5)外商投资商事法人。它是指由外商投资经营并取得法人资格的，投资者以出资为限，商法人以其全部财产对外承担责任的商事组织。根据中国外商投资企业法的规定，它可以是中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。

在中国，商事法人的法律渊源主要有《民法通则》、《公司法》、《全民所有制工业企业法》、《企业法人登记管理条例》、《集体所有制企业条例》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《商业银行法》、《农民专业合作社法》等等。

在中国，商事合伙的法律渊源主要有：《民法通则》、《合伙企业法》、《中外合作经营企业法》等。正是由于法律渊源的不同，进而形成了不同类型的商事合伙。这些类型主要有：

(1)个人合伙。按照中国《民法通则》和有关工商登记法规的规定，个人合伙是指两个以上的自然人，按照合伙协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动；投入的财产属个人所有，由合伙人共同使用；合伙经营积累的财产归合伙人共有；发生亏损应由合伙人负连带清偿责任的商事组织。个人合伙的建立必须履行工商登记，并以工商个体户的名义领取营业执照。注

(2)合伙型联营。根据中国《民法通则》、《企业法人登记管理条例》的规定，合伙型联营是指企业事业单位之间依照联营合同组建的共同出资、共同经营、共分利润、共同承担无限连带责任的商事组织。合伙型联营是一种拟制的商主体，依法登记成立，并取得权利能力和行为能力。合伙型联营的合伙人必须在两个以上，但必须是企业，可以是全民企业、集体企业、私营企业和混合所有制企业；可以是法人企业，也

可以是合伙企业、私营独资企业、个体工商户和农村承包经营户。

(3)合伙企业。根据我国《合伙企业法》规定，合伙企业是指依照合伙企业法设立的由自然人、法人和其他组织在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。有限合伙企业，由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。合伙协议依法由全体合伙人协商一致、以书面形式订立。

商事个人的类型在中国主要表现为三种：

(1)个体工商业户。指公民以个人财产或家庭财产作为经营资本、依法核准登记并在法定的范围内从事非农业性经营活动的个人或家庭。个体工商户可以是一个自然人，也可以是一个家庭。不管是一个自然人还是一个家庭，都称为一户。中国《民法通则》第26条等对个体工商户作了专门规定，并且公布有《个体工商户暂行管理条例》加以具体规范。

(2)私营独资企业。指企业资产归一个人所有和控制，雇工8人以上的营利性经济组织。私营企业的特点是，由一人投资组成，一人承担风险；由自然人投资组成，法人、非法人的其他企业以及国家不是投资主体；无独立的法律人格，不采取法人的企业形式。中国《私营企业暂行条例》第2条、第7条对私营独资企业作了专门规定。

(3)农村承包经营户。指农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照农村承包合同的规定，使用集体所有的土地和其他生产资料，独立从事商事经营活动的，由一人或多人组成的农户。农村承包经营户只能是农村集体经济组织的成员，只能按照承包合同从事商事经营活动。

另有一种从事小商品买卖活动的人，如街头临时设点的“摊商”和走街串巷的“货郎”以及手艺匠人等，有时无需经过工商登记也在进行买卖活动。他们是否属于商个人，我国立法不太明确，学者们的观点也不尽

相同。大陆法系国家有的称其为“小商人”，商法对其有专门规定。

3.中国商事主体类型的完善

（1）关于商贩

上述的中国现行的商主体类型的划分，有一定的道理和根据，但是，对于作为小商小贩形式存在的那些自由商贩（亦可称为“游商”）的问题，目前尚没有定论。一些学者提出：在习惯上也被称为商人的走街串巷的小商小贩（包括摊贩），不能算作现代意义上的商主体。他们认为，这些走街串巷的小商小贩实施的行为，确实符合传统商法关于商行为的定义，似乎应将其归入商主体范畴。但是，将商主体限定于具有独立财产与意思的企业，乃现代商法区别于近代商法的重要标志，因而未经登记的不具有企业身份的这些走街串巷的小商小贩不能成为商主体。其实就法律制度的必要性而言，也不必将其确认为商主体。这可从商法独立立法的必要性与商法的目的上理解。走街串巷的小商小贩尽管以营利为目的且持续地从事其贩卖行为，但相对而言，其经营规模非常有限，他们与偶尔从事营利性商品交易行为的自然人并无本质性区别，不必在法律适用上对其作特别的处理。既然我们应当肯定民法对商品交易关系的一般调整作用，这种一般商品交易关系就显然应当由民法调整，况且民法规范在其调整上不会存在规范供给不足的局面。㊟

对于此论点，笔者有不同的看法。

其一，对于他们提出的所谓商主体乃企业的思想笔者持有不同看法。不错，企业确实已成为现代商事主体的重要类型之一，其在商事主体中的地位也是十分重要的，但是，不能因此就否认其他商事主体的存在的必要性及其在商法中的地位。商主体指的是能够依商法规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织。这里的个人，也称为商事个人，具体包括个体工商户、农村承包经营户、独资企业主和其他依法独立经营，享受权利和承担义务的个人。这里的个人，

自然应当包括那些走街串巷的小商小贩，因为他们的行为也符合持否定那些走街串巷的小商小贩属于商主体的学者们自己所界定的商事行为的特征，即以营利为目的、一般民事主体也可成为商事行为的实施主体、体现商事交易特点。[注]既然这些走街串巷的小商小贩的交易行为符合这些学者自己界定的商事行为所具有的特征，那么为什么还要将他们拒之于商事主体范畴之外，而不加以保护欲规制呢？

其二，从中国现实情况看，小商小贩在中国仍然有着巨大的从业人群，从本质上讲，一些依靠在自由市场内从事日用品、调料、蔬菜等交易活动或者依靠摆设地摊从事简单的交易活动、已经拿到个体工商户营业执照的人，也应属于小商小贩的范畴。至于那些走街串巷的小商小贩，他们本身可能尚没有获取所谓营业执照，但是如果他们的行为既没有违反法律，也没有妨碍社会和他人的自由，是完全可以允许他们在一定区域内从事这种简单的商事活动的，现在一些大城市中出现的城管人员肆意追打“游商”、毁坏他们个人财物的行为，不仅是一种严重的违法行为（因为，无论从保障人权的宪法层面，还是从保护个人财产的民法层面来说，这些行为都属于违宪或违法行为），而且已经在严重地损害着中国城市的形象，是值得我们深思的。我们不妨问一问，为什么在一些大中城市中，虽然经过无数次的打击、摧残，可是，这些“游商”仍然呈现出一种“野火烧不尽，春风吹又生”，甚至还经常会发生暴力事件的局面呢？笔者认为，无论从重视民生的角度，还是从维护法律的尊严的角度，都应该从法律上对这些问题予以规范，而规范的最好的方法就是疏导，而不是堵塞和严打。如果能够从立法上承认他们的商事主体的身份与地位，从行政管理上为他们提供比较固定或相对固定的营业场所，同时加大管理力度（管理不等于暴力收缴和追打），以加大行政罚款的数额来代替目前的野蛮执法的行径，可能效果会更好一些。因此，从商法规范看，可以在《商法通则》的商主体一章中，明确在商事个人中包括其他以个人身份和个体形式从事商事行为的个人，以便为进一步规范这些“游商”的行为奠定法律基础。因为，如果《商法通则》的调整范围中不包括这些“游商”，那么，在以后的一系列法律、法规中，就无法为

这些“游商”定位，更谈不上去保护这些“游商”的利益了。这一块的缺失，也会直接地影响到构建中国和谐社会这一宏伟的历史性的工程。况且，在中国广大的农村，这些“游商”还是有着其发展的空间的，他们的存在也为农民带来了实惠与方便。其实，农村的定期和不定期的集市中的小商小贩，在他们从事商品交易、贩卖（运）的过程中，他们也应当属于商法上的商人的范畴，因为，根据现代商法观念，商人已经没有了其特定的身份和户籍，所有人只要实施商事行为，就可以被视为具有商人身份，其从事的商事行为就应当受到商法的调整，否则，商法的调整范围就是不周延和不全面的，根据民商分立的立法模式，当代社会中所有的商事行为或者与商事有关的商事行为皆应属于商法的调整范围，这样才能使得所有的商事行为得到法律的规范，从而为构建繁荣而和谐的商业环境营造一个优良的法治环境。

（2）关于商事辅助人

现代商事活动中，即使在独资企业，单以个人单打独斗地经营似已不可能，因为，当代商业活动程序的复杂性、范围的广阔性和操作的技术性要求，是传统商业无法比拟的。随着经济的不断发展，企业、公司的摊子越铺越大，所需的辅助人越来越多。因此，在当代商法的商事主体结构内便出现了一种有别于传统的那些直接参与到商事经营活动中各个方面的主要经营者的、另一种相对独立的、带有辅助、帮助商事主体经营者开展商事经营活动特殊的人群——商事辅助人。这个阶层的产生，既是社会经济发展的需要，也是商事主体开展商事经营活动的需要，并且，越来越成为经济生活不可或缺的重要的商事主体。因此，极有必要在当代商法中对其基本性质、法律特征、作用、地位、权利、义务等诸多方面给予明确的规范。

这种商事辅助人在中国古代就已存在，只是其称谓与当代有所不同，其性质是基本一致的。这类人在中国古代被称为牙人、耆民、帮办等等。牙人，其基本性质是为买卖双方说合磋商贸易，并从中收取佣金的中介者，相当于现在的居间商（经纪人、掮客）；耆民，是中国明代

海运沙船船主雇佣的经理人员，他主持全船的事务，特别是商货运输事务；帮办，相当于今天的经理人，通过与特定企业主的合同关系（委托或雇佣）从属于特定企业主，协助企业主管理企业内部事务的人员。

可见，商事辅助人的性质可以概括为：辅助商事主体从事经营之人。其具体主体可包括：代理商、居间商、行纪商和商业使用人。

综上所述，中国的商主体范围，应当界定为：商事法人、商事合伙商事个人和商事辅助人。其中，商事法人包括：国有商事法人、集体商事法人、合营或合资商事法人、私营商事法人和外商投资商事法人。商事合伙包括：个人合伙、合伙型联营和合伙企业。商事个人包括：个体工商业户、私营独资企业、农村承包经营户及从事小商品买卖活动的自由商贩。商事辅助人包括：代理商、居间商、行纪商和商业使用人。这样的中国商事主体类型的划分，比较符合中国现在的国情，也容易获得大众的认同。特别是与中国现在的法律体系和法统相吻合。例如，以国有、集体和私营的性质来划分商事主体，不仅与中国的现行宪法相符合，也与中国的民法（如《民法通则》、《物权法》）相吻合。因此，是一个比较切合实际的划分方法。当然，随着中国政治、经济的不断发展，中国商法也不会停滞不前，肯定也会随着社会的发展而不断地更新、发展。

二、商行为制度

（一）商行为的概念及特征

商行为制度与商主体制度，在商法中构成了两大基本的商事法律制度。

商行为，又称商事行为，或称商业行为。它是指依商法所规定的商

事主体以营利性营业为目的而从事的行为。其特征主要表现为：

其一，商行为是商主体为营业目的而实施的行为。

商行为的营利性，乃指其根本目的在于赚取成本与收益间的差价，即利润。商事活动中，利润是最终的追求目标；为了促成这一目标实现，商人投入资金购买（或租用）原材料与劳务，生产产品售出以赚取成本与收益间的差价，或是购入商品再售出以赚取利润。因而，取得—让与—利润的结构是商事活动的基本结构。对营利性的判断，通常指商人购入（原材料、劳务或产品）时具有营利的意图；若是事后才产生营利意图，则不认为具有营利性。判断是否具有营利意图，应根据客观行为事实进行判断而不能从购买人内心盘算进行推定。购买时对于所购买的并出售的物只从它们的交换价值考虑，不考虑它们对个人的使用价值。对于有无营利意图的判断，还要受到社会通念的影响。如医生、律师、艺术家等自由职业者的行为，实际上往往具有营利意图，但根据其业务的特点以及的历史的惯例，一般不视为营利活动。

其二，商事行为是一种持续性营业行为。

商主体的持续性营业，是指主体在一定时期内连续从事一种性质相同的营利活动，才能认定其具有营业性或职业性特点。商事行为的持续性之法律要求有利于企业的维持、商业的繁荣。营业性在主观方面可以理解为商人连续性的营利活动；客观方面可以理解为以一定的财产为基础的、为了商人的营利目的而组成的有机体系，包括厂房、店铺等有形资产以及商誉、经营秘密等无形资产。

其三，商事行为是一种带有风险性的营业行为。

风险性也可以理解为投机性，即为了营利而从事一定商行为，但对于能否获利以及获利多少，则处于未知的、不确定的状态，因而具有一定的风险性。确认商行为的风险性，有助于从学理上解释为什么工薪阶层不属于商人。因为他们的获利是稳定的，每月定时定量获取报酬（工资），不具有风险性。而经纪、代办、居间行为则属于商行为，因为他

们能否取得报酬要取决于买卖双方交易是否成功，而所取得的报酬事实上来源于买卖双方商业利润的让渡，而这种利润具有不确定性。

总之，营利性、营业性、风险性是商行为的三个基本特征。但商行为作为商法上的一个法律概念，其界定还要受立法影响。这种立法影响的根源在于历史惯例、社会通念以及立法需要。例如，经营农林业、经营矿业之活动，历史上并未纳入商法调整之范畴，但现代商事立法逐渐改变了这一倾向。又如，律师、医生等自由职业者所从事的经营活动尽管也以营利为目的，但社会通念上并未将其纳入商事活动范畴。再如，所谓附属商行为、拟制商行为和单方商行为，实际上也是出于立法需要而将之纳入商行为范畴，本身并不完全具备商行为特征。

（二）商行为的性质

关于商行为的法律性质，国内学者有两种观点。一种观点认为，商行为仅仅是指某种“商事法律行为”，是商人为了确立、变更或终止商事法律关系而实施的行为，以行为人的意思表示为必备要件。[注]商行为是民事法律行为的延伸，即商事法律行为，其独特之处在于商行为的营利性和经营属性。此观点可称之为法律行为说。另一种观点认为，商行为既包括法律行为又包括事实行为。商行为本质上不限于法律行为，凡以营利为目的的商品交换活动以及与商品交换活动有关的活动，甚至一些单纯以赢利为目的的活动都可以成为“商行为”。[注]此种观点可称之为混合行为说。有学者进一步界定事实商行为的范围包括商人的过错行为、危险行为、无因管理行为及不当得利行为。[注]笔者认为，商行为的性质是法律行为，不包括事实行为。

商法与民法有着不同的历史渊源，民法起源于罗马法，而商法则起源于西欧中世纪的城市法，商人同业行会的章程、条例，商事和海事法院的判决，地区和跨地区的习惯法以及国王、领主乃至教会颁布的单行法。但商法理论与立法仍建立在对成熟的民法学研究方法和立法技术的

借鉴之上。商行为是与民事行为相对应的概念，而民事行为就是民事法律行为，是与非表意行为（包括事实行为和侵权行为）相比较的概念。法律行为和事实行为代表两种不同的法律调整方法。法律行为是以意思表示为核心的行为，法律行为依行为人的意思表示的内容而发生效力。因此，有关法律行为的法律规则围绕着意思表示而展开，如法律行为的成立要件只有意思表示一项，而完整的意思表示应有效果意思、目的意思和表示行为三要件组成。法律行为的一般生效要件则包括行为人具有行为能力（行为能力实际上就是指能够进行意思表示的能力）、意思表示真实自愿、行为的内容合法、行为不违反社会公共利益和公共道德。而事实行为不以意思表示为要素，其所产生的法律关系的内容不由行为人的意思来决定，而是来源于法律的明确规定。因此，针对事实行为的法律规则着重规定事实行为的构成要件，包括行为主体的主观心理状态、行为的客观内容、行为所引起的法律后果、行为与后果之间的因果关系等。同时，无论是不当得利还是无因管理，无论是发现埋藏物还是拾得遗失物，只要符合法律规定的事实行为的构成要件就能产生法律明确规定的法律后果。并且法律对事实行为所产生的法律后果是通过对诸如“必要费用”、“有益费用”、“直接损失”、“间接损失”的界定而明确化和具体化的。不同主体在事实行为领域的权利义务关系仅有量的不同而无质的区别。然而，与法律行为有关的法律规则相比之下则是概括和抽象的，具体的权利义务的内容依赖于特定主体的特定的意思表示。因此事实行为的规则是明确统一和具有公示性的，而法律行为的规则是服务于个性化和非普遍性的法律关系的。因此，前者体现了法定主义的调整方式，后者则是法律行为的调整方式，二者各自拥有自己的适用范围。注

（三）商行为的范围

商行为须体现为特定形态的商业活动。而随着人类经济生活方式的不断变革和科学技术的不断进步以及交易方式的不断创新，商业活动的

范围也随之不断拓展，人类文化领域的商行为的含义也随之更新。从早期将商行为限定于货物买卖行为并视其为特殊的商人阶层颇受社会歧视的行为，到现代社会以证券、信托、保险为代表的以资本经营为特征广泛存在的现代商事行为，商行为的触角深入到社会生活的方方面面，因此现代社会可以说是一个“无业不商”的社会，商行为的内容也在发生深刻的变化，如买卖行为从现货买卖发展到期货买卖，从实物交易发展到以有价证券为形式的权利交易。商法是经验主义的产物，所以特定时代的商法典只能反映特定时代经济生活的现实，因此，大陆法系商法典中的商行为范围多有时代的局限性。

大陆法系近代商法，对商行为的范围，或者采用概括的方法，或者采用列举的方法，或者采用概括与列举相结合的方法。《法国商法典》采列举主义，第623条规定：法律上认为买卖之业，为任何出售商品，或制造出售商品，或因租赁而买人商品之事，或制造、保险、水路运输之业，物品的供给、行纪、居间、竞买、观场之业，金银汇兑、银行之业。一切营造船舶和船具及其买卖之业，海上保险，海上贸易等。《瑞士债务法》采概括主义，规定：凡经营商业、工厂、或其他依商人之方法为营业，而为商业登记者，其实施的行为即为商行为。《日本商法典》采列举和概括相结合的方式。第501条、502条规定，对动产、不动产及有价证券的转让，在交易所的交易、出租、为他人进行的加工、制造、供应电气煤气、出版、印刷、保险寄托、居间、代理等行为皆属于商事经营。《美国统一商法典》主要规范了商事交易制度，因此，其更像是大陆法系商事法律中的商事行为法。并且按照交易一般顺序来规定商行为的规则。它所调整的商行为的范围主要包括：货物买卖、商业票据、信用证、担保交易。实际上它是一部买卖法。联合国国际贸易法委员会起草的《国际商事仲裁法》中对“商事”一词解释为，商事活动包括但不限于下列交易：任何提供或交换商品或劳务的交易；销售协议；商事代表或代理；保付代理；租赁；咨询；设计；许可；投资；融资；银行业；保险；开采协议或特许权；合营企业或其他形式的工业或商业合作；客货航空、海洋、铁路或公路运输。

中国《企业法人登记管理条例实施细则》第2条、第3条的规定的企业法人从事商事行为的范围，可以看做是中国对于商事行为范围的规定，其包括：农林牧渔、水利及其服务业、工业、地质勘察和勘探业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、物资供销业、仓储业、房地产经营业、居间服务业、咨询服务业、金融保险业等。归纳起来，中国目前商法所规定的商事行为的范围主要涉及如下行业：制造业、加工业、建筑业、运输业、水电煤气业、买卖业、出租业、仓库业、承揽业、打捞业、出版业、印刷业、广告业、传媒业、娱乐业、饮食业、行纪业、居间业、代办业、典当业、服务业、担保业、银行业、证券业、期货业、信托业、投资基金业、保险业、国际贸易、海上贸易以及农业、林业、牧业、渔业、矿业等。㊟

（四）商行为的具体内容

笔者曾将商行为的内容概括为商事合同、证券交易、期货买卖、商事信托、商业票据、商业银行业务、商业保险、商事代理、海商、商业特许经营、招标投标、拍卖、广告等13类。㊟

那么，具体到立法中，应如何划分和规范商行为，笔者以为，可以借鉴《韩国商法典》的立法例，再结合我国的实际情况，将商行为划分为以下22类，即：动产、不动产、有价证券及其他财产的买卖；动产、不动产、有价证券及其他财产的租赁；与制造、加工或者修缮有关的行为；与电、电波、煤气（天然气）或者供水有关的行为；承揽作业或者劳务；与出版、印刷或者摄影有关的行为；与广告、通信或者信息有关的行为；信贷、票据及其他金融交易行为；以提供服务、招徕顾客为目的而设置的场所上的行为；兑换及其他银行交易；承担商行为的代理；与居间有关的行为；寄卖及其他中介的行为；承接保管；承接信托；承接运输；保险；有关采矿或者取土行为；有关机械、设施及其他财产的物融行为；有关不动产、设施的开发、建筑行为；与商号、商标等使用

许可有关的营业行为；关于营业上的债权买入、回收等行为。这里需要进一步明确的是，从事劳务和国家公务、军事的行为，属于公权力的范畴，自然不属于商行为。

这样划分与规范有五大优势：一是对于商行为的范围比较明确，易于理解与掌握；二是可以避免与民事行为间的混淆；三是这种列举式立法模式，代表了世界商事立法的发展趋势，有利于商事司法与执法以及与国际间的交流与接轨。四是有利于避免无谓的争议，使得商法学研究和立法有了一个较为统一的框架。五是增加了立法的可行性。此框架也应当为将来“商法通则”的立法提供一个有益的参考。

总之，笔者认为，商行为的体系应当成为商法研究的重心。当今社会，商人作为一个特殊的社会阶层已为不可能，商人的概念逐渐被商主体的概念所取代，因为，商人这个概念已经无法涵盖当今社会如此纷繁多变的商主体形态，况且，企业逐渐成为商主体中主要的元素，因此，欲单从商人的角度去理解商法或以其作为商事立法的基础，势必会造成司法与执法上的混乱，甚至可能陷于对于一些行为难以划定其是属于民事行为抑或商行为的困境，而影响法律适用的准确性。而如果从商行为的角度去分析、理解某些主体是否属于商主体的范畴，某些行为是否属于商行为的范畴，是否应当受到商法的规范，可能就更容易一些。因为，只要行为主体的行为符合商行为的特征及范畴，就可以将其行为纳入商法的范畴而加以规范，其行为主体亦可视为商主体，而适用商法规范予以规制。因为，商法对于某些商行为的规制，比民法更为贴切，其所承担的责任更大，其间不仅包括一般的民事或商事责任，还要承担更多的社会责任，这也是社会发展对于商主体的必然要求。而一般民事主体则是无须承担社会责任的。社会责任应当属于商主体应当承担的责任的范畴之一，其他主体承担的社会责任的程度无法与商主体相比。承担社会责任是商行为所固有的营利性、营业性、风险性所决定的，其依据可以归纳为权力与义务相一致的基本法理，商主体通过行使商行为可能获得其他主体无法获得的巨大的利益，其所应当承担的责任也就应当更大。例如，环境保护的责任、产品责任等，可以认为是商主体所特有的

责任，一般民事主体是无须承担类似责任的。这就是笔者为什么要将商行为和商事责任在商法中予以反复强调并将其作为研究的重点的主要依据。因此，笔者认为，在未来的“商法通则”的立法和商法理论研究中，应当将商行为作为核心内容，而不要再去为何为商人等问题去苦苦追究了。

三、商事责任制度

（一）商事责任的概念

商事责任，也可称商事法律责任，它是法律责任中的一种独立的责任，既不同于广义责任意义上的社会责任、政治责任、行政责任、管理责任、道义责任，也不同于泛指法律义务及违法制裁的违宪责任、刑事法律责任、行政法律责任。但是，它与民事责任却有着千丝万缕的联系。二者同属人们在私的事物中产生的义务，二者在内容上都可以表现为一种财产责任，二者承担的主体具有共同性，二者承担责任的方式也有共同性，二者的目的有相同之处，二者都是一种针对于不法行为而采取的补救措施，二者的归责原则有相同之处。但是，二者在承担责任的方式、主体范围不同、责任后果、确认和承担责任的根据都存在着不同之处。

商事责任的确立是以商事义务为基础的，因而，商事责任的认定当以违反一定的商事法律规范的指引性义务、禁止性义务，以及法律保护的商事合同义务为前提。在一般的概念上，商事责任是指商事法律关系的平等主体各方，在商事活动中拒不履行法定和约定义务，或者做出法律或商事合同所禁止的行为，并且具备了违法、违约行为构成的要件而应承担的相应的法律责任后果及依法应予制裁的措施。商事责任与民事

责任一样，是针对于不法行为之过去的一种追溯性责任，带有补救的性质。

在中国现阶段，确认并承担商事责任的根据主要是《民法通则》、《合同法》以及颁布的一系列商事法律规范，如《公司法》、《票据法》、《证券法》、《商业银行法》、《海商法》、《破产法》、《担保法》、《保险法》等。以后，随着中国民法典和其他商事法律规范的进一步完善，诸如《商法通则》、《特许经营法》、《期货法》等法律也是商事责任确认和承担的重要根据。

（二）商事责任的构成要件

商事责任既然作为法律责任中的一项独立的责任体系，就必定要有一个独立的承担商事责任的衡量的标准，这个标准就是所谓的商事责任的构成要件。笔者认为，商事责任的构成要件应从以下四大方面予以考察：

1.责任人承担商事责任的资格

商事法律关系主体是否承担商事责任的首要前提是其主体资格，即是否具备法定的商事权利能力和商事行为能力。商事主体具有不同于一般民事主体的权利能力和行为能力，从而形成了商事行为能力与一般民事行为能力的区别。这种区别主要表现在：其一，商事能力是商主体依法从事商行为，并由此而承担法律上的权利义务的行为能力，它表明了商事主体在商法上的特殊资格和地位。而一般民事主体不享有法律上的这种特权，这就是未经法律授权，一般民事主体不得从事商事经营活动的法律原因。其二，商事能力是一种附加于民事能力之上的能力，即具备商事能力者一般应以具备民事能力为前提。但具备一般民事能力并不必然具备商事能力。从这个意义上说，商事能力是一种特殊的民事能

力。其三，商事能力以法律授权为前提，商事权利能力和商事行为能力皆以法律授权范围为限，并以授权起止为权利存续期限。而一般民事能力，更多地与自然人的生命延续和意思成熟程度密切相关。由于商事能力的特殊性，不少国家法律规定了对商事能力取得的限制。如对行为人取得商事能力的限制，这种限制表现在对未成年人、外国人等获得商事能力的限制；又如对因从事特定标的物的经营而对商事能力的限制等等。㊟

因此，能够依商法规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织都具有承担商事责任的资格。而那些依据民法，特别是依据《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《著作权法》等民事法律而从事的继承，结婚，离婚，析产，收养，非营利性的出借金钱、有价证券、房屋和物件，写作等非经营性质的民事行为的个人或者组织，则不具备承担商事责任的资格，而只可承担民事责任。区分承担民事责任与商事责任的最重要的区别在于，当事人是否具备法定的商事权利能力和行为能力。而确认是否为商事行为的最基本的标准是，其行为是否是依商法所规定的商事主体以营利性营业为目的而从事的行为，营利性、营业性、风险性是商行为的三个基本特征。

2.责任人是否实施了违法、违约行为

具备了商事权利能力和商事行为能力商事权利能力和商事行为能力的商事法律关系主体，如果有承担商事法律责任的后果，则必须具有其实施的导致承担责任的行为。而承担法律责任的行为必然具有违法性、违约性。行为具有违法性、违约性是为商事法律责任的构成要件之一，是承担责任的基础。例如，《证券法》规定，信息披露义务人违反法律规定，进行虚假陈述并致使证券市场投资人遭受损失而应承担法律责任，该责任就是属于商事责任，其根据就是信息披露义务人具有违反《证券法》规定的法定义务的违法行为。再如，《票据法》规定，伪造、变造票据者，应当承担赔偿责任。这里的责任也属于商事责任的范

畴。此外，《合同法》规定，合同当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务，而缔约一方违反这一法定的合同义务，并以不履行、不完全履行或者未依合同约定的质量要求履行各方约定的合同义务，此当为违法兼违约行为。当然，如果是属于执行公务行为、紧急避险行为都能够因其具有合法性而不存在商事责任的承担问题。

3.责任人主观上是否存在过错

商事行为人在实施违法、违约行为时的心理状态，也应当列为判断责任人是否需承担商事责任的必备要件。因为，行为人在实施违法、违约行为时的心理状态，不仅直接影响其行为的定性，而且还决定着其是否需承担商事责任或者承担的多少及比例。过错分为故意和过失。行为人明知自己的行为可能发生某种损害的后果，而仍然实施此种行为有意促成该后果之发生的，为故意。行为人对自己行为可能产生的损害后果应当预见、能够预见而未预见，或者虽然预见到了但却轻信其不会发生或者认为可以避免，以致造成损害后果的，为过失。故意又可分为直接故意和间接故意。行为人明知自己的行为必然或者可能发生某种损害的结果，并且希望这种结果的发生的心理态度，为直接故意。按照认识因素的不同内容，可以把违法、违约的直接故意区分为两种表现形式：

（1）行为人明知自己的行为必然会发生损害的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。例如，信息披露义务人，明知如果对于证券交易信息进行虚假陈述肯定会导致证券市场投资人遭受损失，而决意为之，从主观上追求这种结果的发生。该信息披露义务人的心理态度即为第一种直接故意。

（2）行为人明知自己的行为可能发生损害的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。例如，信息披露义务人知道，如果披露这些证券交易的虚假信息可能会导致证券市场投资人遭受损失，但是他对于是否会发生这个后果心里并无多大把握，只是希望能够发生这种后果，并在这种心理的支配下实施了披露行为。该信息披露义务人的心理态度即为

第二种直接故意。

行为人明知自己的行为可能会发生损害的结果，并且放任这种结果的发生的心理态度，为间接故意。

在认识特征上，间接故意表现为行为人认识到自己的行为“可能”发生损害的结果的心理态度。即行为人根据对自身违法、违约的能力、损害对象等情况的了解，认识到行为导致损害结果的发生只是具有或然性、可能性，而不是具有必然性。

在意志特征上，间接故意表现为行为人放任损害结果的发生的心理态度。所谓“放任”，当然不是希望，不是积极的追求，而是行为人在明知自己的行为可能发生特定损害结果的情况下，为了达到自己的既定目标，仍然决意实施这种行为，对阻碍损害结果发生的障碍不去排除，也不去设法阻止损害结果的发生，而是听之任之，任由损害结果的发生。简言之，间接故意的放任心理就是有意听任损害结果的发生，发生了损害结果也并不违背行为人的意志。

过失又可分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。行为人预见到自己的行为可能会发生损害结果，但轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度，为过于自信的过失。其有两个基本特征：

（1）在认识因素上，行为人已经预见到自己的行为可能发生损害的结果。这种“预见”往往是与行为人从事的职业或者所具备的知识结构密切相连的。按照行为人的职业特征和知识结构，可以判定行为人是否具备预见这种损害结果能否发生的能力和可能性。例如，一个信息披露义务人，自然应当对于自己的披露行为具有一定的预见能力。

（2）在意识因素上，行为人之所以实施行为，是轻信能够避免损害结果的发生。所谓“轻信”，就是说，行为人过高地估计了可以避免损害结果发生的其自身的和客观的有利因素，而过低地估计了自己行为导致损害结果发生的可能程度。正是这种“轻信”心理支配者行为人实施了错误的行为而发生了损害结果，也正是这种“轻信”心理使过于自信的过

失得以成立并使之区别于其他过错形式。

行为人应当预见到自己的行为可能会发生损害结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理态度，为疏忽大意的过失。其有两个构成要素：

（1）行为人应当预见自己的行为可能发生损害结果。所谓“应当预见”，是指行为人在行为时负有预见到行为可能发生损害结果的能力和义务。这种预见的义务来源于法律的规定，或者职务、业务的要求，或者公共生活准则的要求。预见的义务与预见的实际可能是有机地联系在一起的，法律不会强人所难，要求公民去做它实际上物法做到的事情，而只是对有实际预见可能的人才赋予其预见的义务。行为人由于不可能预见而造成损害结果的，即使结果非常严重，也不能认定他对结果有过失而令其承担法律责任。

（2）行为人由于疏忽大意，而没有预见到自己的行为可能会发生损害结果。所谓“没有预见”，是指行为人在行为当时没有想到自己的行为可能会发生损害结果。

由上可见，作为过失的两种类型，过于自信的过失与疏忽大意的过失，在认识因素和意志因素上是有所不同的：

在认识因素上，对损害结果的可能发生，过于自信的过失已经有所预见，而疏忽大意的过失则根本没有预见。

在意志因素上，对损害结果的可能发生，二者虽然都持排斥态度，但过于自信的过失是轻信能够避免，而疏忽大意的过失是疏忽。

从法理及法律规定可知，过错，为商事责任承担的普通原则，有过错则承担责任，无过错则免责。据此，行为人的行为造成了损害结果并非必然承担商事责任，只有行为人实施违法、违约行为时主观上是故意或者过失的，即具备了承担商事责任的构成要件之一。但是，如果没有过错，若法律规定应当承担责任的，则不以人的主观过错为前提，此谓无过错责任原则，乃属法律规定的承担商事责任的特别原则，但是，除

非有法律明文的特别规定，否则，不得滥用无过错责任原则。在商事责任体系中，较之民事责任体系，商事主体承担无过错责任的几率要远远大于民事主体。

4.责任人的行为是否造成了损害后果

行为人的违法、违约行为所导致的不良实施结果，是依法应予承担相关责任的客观法律后果，这一后果不仅仅是损害事实的客观现实，而且是法律评判的尺度。承担商事法律责任的后果与承担民事法律责任的后果是不完全相同的。承担民事法律责任的后果并不全部表现为表现在财产损失，除了财产损失以外，也可能是人身损害后果，精神损害后果；也存在可以金钱计算的后果，无法以金钱计算的后果；可能预见的后果，不可能预见的后果；有形的后果，无形的后果；等等。但是，商事责任承担的后果主要表现在财产损失，一般不包括人身损害、精神损害的后果、不可能预见的后果和无形的后果，一般也只存在可以金钱计算的后果、可能预见的后果和有形的后果等。这与商事行为的营利性、经营性和风险性的有关特征密切相关的。如果承认所谓可预见和无形的后果，将会大大增加商事主体的经营成本和风险，从而影响和阻碍商事主体大胆地从事商事行为，而易使商事主体错失大好商机，挫坏商事主体的从事商事行为的主动性和积极性，于经济发展大大不利。因而，商事责任的责任人是行为造成的损害后果，只应包括可以金钱计算的、可预见的、有形的财产损失。

这里还需要研究的一个问题，那就是因果关系是否是商事责任的构成要件问题。一般民商法学者都认为行为与后果之间的因果关系是民商事法律责任的构成要件。对于此问题，笔者认为，因与果本身是客观事物，关系只是一种联接，因果关系是指某种现象的关联性，而这种关系联接可用不同的观点和说明描述为不同的联接情形来供法官或仲裁员择其一种采信。因是指行为，果是指后果，二者是时间先后不同的客观“点”，不是当事人想象的，也不依审判人员的主观意志为转移，而因

果关系实际是个逻辑概念，而非客观事实，是联接因——果时间上先后的桥梁纽带，它是人们对事物之间相互关系、相互影响的现象进行分析理解的抽象状态。这种关联和状态是不稳定的，因为人们对这种关联和状态可以从不同的角度，发表不同的观点，得出不同的结论，是不能肯定的因素。而这种不肯定的因素，是不能够成为法律意义上的要件的，充其量只是司法程序上论证分析的观点。[注]因而，笔者认为，因果关系不是民商事责任的构成要件。所谓要件乃必要条件，衡量标准，是度量他物的基准，而无须用他物反过来再论证要件的存在，由他物来测量要件。而因和果充其量只是一种联接，是不稳定和不确定的，它根本无法成为一种衡量事物的标准。因此，因果关系不应当成为商事责任的构成要件之一。

以上这四大要件，在法律逻辑上都是相互关联的，缺少任何一个要件则难以确立商事责任的承担与否。这四大构成要件乃确认每一商事法律责任时必须予以考虑认定的，只是每一具体责任对要件构成的侧重点有所不同而已。如违约责任，则侧重强调行为而不一定强调后果。

（三）商事责任的承担方式

所谓商事责任的承担方式，是指在依法确认行为人的违法、违约行为符合四大构成之责任要件的前提下，针对各类商事责任的不同性质和要求，以及发生行为后果的具体情况之不同、损害后果之不同，而总结归纳出来的应由行为人承担的具体责任内容。根据《民法通则》第六章第四节的规定，承担民商事法律责任的方式主要有：（1）停止侵害；（2）排除妨碍；（3）消除危险；（4）返还财产；（5）恢复原状；（6）修理、重作、更换；（7）赔偿损失；（8）支付违约金；（9）消除影响、恢复名誉；（10）赔礼道歉。此为承担民商事法律责任的基本方式，可以单独适用，也可以合并适用。但是，商事责任的承担方式与民事责任的承担方式不尽相同，因而，上述这些《民法通则》所规定的

十类责任承担方式，不可能全部适用于商事责任的承担方式的范畴，那么究竟其中那些可以成为商事责任的承担方式呢？笔者认为，只有停止侵害；返还财产；恢复原状；修理、重作、更换；赔偿损失；支付违约金；消除影响、恢复名（商）誉七种可以成为商事责任的承担方式。因为，排除妨碍、消除危险和赔礼道歉属于民事责任的范畴，商事责任中一般不包括这三种责任形式。

（四）商事责任的种类

商事责任作为商事法律规范对商事法律关系当事人的义务要求和对违法行为所施加的不利后果，其法律责任的种类较之民事责任要广泛得多。其基本上可以包括：违约责任、缔约过失责任、担保责任、产品侵权责任、侵犯知识产责任、不正当竞争责任、商业保险责任、票据责任、证券违法责任、违反商事组织责任、企业终止清算责任、船舶碰撞责任和商事登记责任等。

笔者以为，作为起着商法总则和商事基本法作用[注]的“商法通则”中所应当规范的基本制度主要包括商主体制度、商行为制度和商事责任制度。这三大制度应当是构成“商法通则”（也是商法体系）的三大支柱，其他制度都是在这三大制度的基础上建立起来的。

（原载于《河北法学》2009年第3期）

---

1. 雷兴虎：《商法学教程》，中国政法大学出版社1999年版，第27-39页。
2. 李玉泉、何绍军：《中国商事法》，武汉大学出版社1998年修订版，第29页。
3. 官欣荣主编：《商法原理》，中国检察出版社2004年9月第1版，第66页。
4. 《法国商法典》，金邦贵译，中国法制出版社2000年版，第1页。
5. 《德国商法典》，范健等译，载《中德经济法研究所年刊》（第6卷），南京大学出版社1995年版，第229页。

6. 《日本商法典》，王书江、殷建平译，中国法制出版社2000年版，第3页。
7. 《韩国商法》，吴日焕译，中国政法大学出版社1999年版，第3页。
8. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第140页。352
9. 参见国家工商行政管理局1986年11月17日：《关于执行〈民法通则〉对个人合伙登记管理的通知》。
10. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第159页。
11. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第353—355页。
12. 徐学鹿：《商法概论》，第132—137页，转引自董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第126页。
13. 王利明、梁慧星：《经济法的理论问题》，第111页，转引自董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第126页。
14. 张民安、龚赛红：《商法总则》，中山大学出版社2004年版，第210页。
15. 任尔昕、石旭雯：《商法理论探索与制度创新》，法律出版社2005年8月第1版，第122页。
16. 施天涛：《商法学》，法律出版社2003年版，第96页。
17. 苗延波：《商事行为概论》，载《甘肃政法学院学报》2008年第6期。
18. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年版，第140页。361
19. 樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年版，第16页。
20. 苗延波：《商法通则立法研究》，知识产权出版社2008年4月版，第19页。

商事行为概论

一、商事行为的概念及特征

商事行为，又简称商行为或称商业行为，它是指依商法所规定的商事卞体以营利性营业为日的而从事的行为。其特征卞要表现为：

其一，商事行为是商事卞体为营业日的而实施的行为。即是说，该行为主体从事此类活动均含有营利性目的或经济目的，而不问事实上是否营利。在商事活动的法律实践中，常以推定原则来判断具体的活动是否构成商事行为。如对于商人，可依据其作为商事卞体的特征，在无反证时，推定其行为是商事行为。如日本《民法典》第503条第2款规定：“凡商人从事的营业性行为原则上均应推定其具有营利日的。”对于非商人则要以行为的性质、目的或一般的商业习惯为根据加以推定。如某人未经商事升记，不具有商事主体的资格，对于其出售某类仪器的行为，可以根据行为的外部特征，如是以店铺为场所，持续从事该类销售，以其收入作为生活的基本来源，依此有的国家仍认定其所从事的是商事行为。

其一，商事行为本质上是具有商事行为能力的卞体从事的营利性活动。商事行为的营利性，乃指其根本目的在于赚取成本与收益间的差价，即利润。商事活动中，利润是最终的追求日标；为了促成这一目标实现，商人投入资金购买（或租用）原材料与劳务，生产产品售出以赚取成本与收益间的差价，或是购入商品再售出以赚取利润。因而，取得一让与利润的结构是商事活动的基本结构。对营利性的判断，通常指商

人购入（原材料、劳务或产品）时具有营利的意图；若是事后才产生营利意图，则不认为具有营利性。判断是否具有营利意图，应根据客观行为事实进行判断而不能从购买人内心盘算进行推定。购买时对于所购买的并出售的物只从它们的交换价值考虑，不考虑它们对个人的使用价值。对于有无营利意图的判断，还要受到社会通念的影响。如医生、律师、艺术家等自由职业者的行为，实际上往往具有营利意图，但根据其业务的特点以及的历史的惯例，一般不视为营利活动。

其二，商事行为是一种持续性营业行为。商事主体的持续性营业，是指卞体在一定时期内连续从事一种性质相同的营利活动，才能认定其具有营业性或职业性特点。如因搬家迁移偶尔为之的出售旧}弓籍的行为，根本不视为经营活动。商事行为的持续性之法律要求有利于企业的维持、商业的繁荣。当然，在特定场合下，在一些国家某个卞体的行为并不具有连续性（如证券交易所单所从事的证券交易行为）仍被视为营业性行为。日本商法典第510条即规定，将在公开市场从事的交易行为如证券交易、票据交易等初步推定为营业性行为。这是因为证券交易等天然的流通性所决定的，某个商事卞体的证券交易行为的非连续性对整个证券市场流通性并不发生影响、障碍。营业性在卞观方面可以理解为商人连续性的营利活动；客观方面可以理解为以一定的则产为基础的、为了商人的营利目的而组成的有机体系，包括厂房、店铺等有形资产以及商誉、经营秘密等无形资产。主观方面的营业活动和客观方面的营业组织存在内在联系。营业活动不能脱离营业组织，营业组织则需要营业活动的支撑。特别是企业的无形资产，只能通过长期的营业活动逐渐积累。就企业整体而言，二者可能只是形式上的区别。

其四，商事行为是一种带有风险性的营业行为。风险性也可以理解为投机性，即为了营利而从事一定商行为，但对于能否获利以及获利多少，则处于未知的、不确定的状态，因而具有一定的风险性。确认商行为的风险性，有助于从学理上解释为什么工薪阶层不属于商人。因为他们的获利是稳定的，每月定时定量获取报酬（工资），不具有风险性。而经纪、代办、居间行为则属于商行为，因为他们能否取得报酬要取决

于买卖双方交易是否成功，而所取得的报酬事实上来源于买卖双方商业利润的让渡，而这种利润具有不确定性。

总之，营利性、营业性、风险性是商行为的三个基本特征。但商行为作为商法上的一个法律概念，其界定还要受立法影响。这种立法影响的根源在于历史惯例、社会通念以及立法需要。例如，经营农林业、经营矿业之活动，历史上并未纳入商法调整之范畴，但现代商事立法逐渐改变了这一倾向。又如，律师、医生等自由职业者所从事的经营活动尽管也以营利为目的，但社会通念上并未将其纳入商事活动范畴。再如，所谓附属商行为、拟制商行为和单方商行为，实际上也是出于立法需要而将之纳入商行为范畴，本身并不完全具备商行为特征。

二、商事行为的性质

关于商行为的法律性质，国内学者有两种观点。一种观点认为，商事行为仅仅是指某种“商事法律行为”，是商人为了确立、变更或终止商事法律关系而实施的行为，以行为人的意思表示为必备要件。[注]商行为是民事法律行为的延伸，即商事法律行为，其独特之处在于商行为的营利性和经营属性。此观点可称之为法律行为说。另一种观点认为，商行为既包括法律行为又包括事实行为。商行为本质上不限于法律行为，凡以赢利为目的的商品交换活动以及与商品交换活动有关的活动，甚至一些单纯以赢利为目的的活动都可以成为“商行为”。[注]此种观点可称之为混合行为说。有学者进一步界定事实商行为的范围包括商人的过错行为、危险行为、无因管理行为及不当得利行为。[注]笔者认为，商事行为的性质是法律行为，不包括事实行为。

商法与民法有着不同的历史渊源，民法起源于罗马法，而商法则起源于西欧中世纪的城市法，商人同业行会的章程、条例，商事和海事法

院的判决，地区和跨地区的习惯法以及国土、领卞乃至教会颁布的单行法。但商法理论与立法仍建立在对成熟的民法学研究方法和立法技术的借鉴之上。商行为是与民事行为相对应的概念，而民事行为就是民事法律行为，是与非表意行为（包括事实行为和侵权行为）相比较的概念。法律行为和事实行为代表两种不同的法律调整方法。法律行为是以意思表示为核心的行为，法律行为依行为人的意思表示的内容而发生效力。因此，有关法律行为的法律规则围绕着意思表示而展开，如法律行为的成立要件只有意思表示一项，而完整的意思表示应有效果意思、目的意思和表示行为二要件组成。法律行为的一般生效要件则包括行为人具有行为能力（行为能力实际上就是指能够进行意思表示的能力）、意思表示真实自愿、行为的内容合法、行为不违反社会公共利益和公共道德。而事实行为不以意思表示为要素，其所产生的法律关系的内容不由行为人的意思来决定，而是来源于法律的明确规定。因此，针对事实行为的法律规则着重规定事实行为的构成要件，包括行为卞体的卞观心理状态、行为的客观内容、行为所引起的法律后果、行为与后果之间的因果关系等。同时，无论是不当得利还是无因管理，无论是发现埋藏物还是拾得遗失物，只要符合法律规定的事实行为的构成要件就能产生法律明确规定的法律后果。并目法律对事实行为所产生的法律后果是通过对诸如“必要费用”、“有益费用”、“直接损失”、“间接损失”的界定而明确化和具体化的。不同主体在事实行为领域的权利义务关系仅有量的不同而无质的区别。然而，与法律行为有关的法律规则相比之下则是概括和抽象的，具体的权利义务的内容依赖于特定卞体的特定的意思表示。因此事实行为的规则是明确统一和具有公示性的，而法律行为的规则是服务于个性化和非普遍性的法律关系的。因此，前者体现了法定主义的调整方式，后者则是法律行为的调整方式，二者各自拥有自己的适用范围。注

可见，商事行为是与民事行为相对应的概念，都以意思表示为成立要素，依意思表示的内容发生法律效果。并以卞体是否具备相应的行为能力、意思表示是否真实自愿、意思表示的内容是否合法作为行为是否

具有法律效力的判断标准。但从意思表示的角度分析，商事行为与民事行为仍然具有下列的区别：

1.商事行为的目的意思中包含营利动机。营利性是商行为的本质特征，是商事行为区别于民事行为而具有独立价值的关键所在，也是决定商法规则特殊性的原因所在。而商行为营利性内在于商事卞体的意志之中，没有营利目标的追求，任何行为都不是商事行为。

2.意思表示适用不同的法律规则。“意思主义”理论是解释民事法律行为意思表示含义的传统方法。“意思主义”产生的理论基础是德国19世纪的理性法学派，它主张意思表示解释的目的是“探究当事人真意”，因此，在解释方法上要求在表示与意思不一致的情况下，法律行为应以对行为人真意的解释为标准而成立，而不应依其表示内容的字面含义成立。意思卞义是民事法律行为意思表示的卞要解释原则。而在商事行为领域，自始坚持“表示主义”这样一种客观的解释方法，以商人表示出来的意图去判断行为的效力，而不去探究行为人在行为时的真实意图。最为典型的便是票据行为的文义性特征，当发生对票据条款的争议时，一般采用外观主义、客观主义和有效主义的原则来进行解释。表示主义是与商行为的营利性相适应的解释方法，是与商业社会高效快捷和安全的价值追求相接轨的。意思表示的自愿真实是民事行为生效的要件，因欺诈、胁迫、重大误解、乘人之危而形成的民事行为，是无效行为或者可撤销行为。然而在商事行为领域却有特殊规则的存在。例如，在公司契约场合，如果股东基于欺诈、胁迫、或重大误解而与他人成立公司，只要已取得公司设立证书，基于企业维持的商法原则，该股东不得以自己意思表示不真实而要求宣告公司无效或要求撤销公司，他们仅可要求公司采取一定的补救措施去校正所存在的违法行为。

3.行为能力的不同内涵。民事法律行为所要求的行为人的行为能力要件实际上是对行为人的意思能力的要求，因而民事行为能力取决于行为人的年龄、智力和精神状况。而商行为的生效同样要求卞体具有商事行为能力。但商事行为能力则具有与民事行为能力不同的内涵，是对行

为人的资本经营或者则产能力的要求。尤其在现代社会，商人表现为各种类型的企业，企业的权利能力和行为能力来源于脊记行为，而商事登记对企业的名称、则产均有一定的要求。也就是说，商事行为能力的基础不是商人（一般为企业）的年龄、智力和精神状况，而是其资本经营或者则产能力。

三、商事行为的范围

商事行为须体现为特定形态的商业活动。而随着人类经济生活方式的变革和科学技术的进步以及交易方式的创新，商业活动的范围也随之不断拓展，人类文化领域的商事行为的含义也随之更新。从早期将商事行为限定于货物买卖行为并视其为特殊的商人阶层颇受社会歧视的行为，到现代社会以证券、信托、保险为代表的以资本经营为特征广泛存在的现代商事行为，商事行为的触角深入到社会生活的方方面面，因此现代社会可以说是一个“无业不商”的社会，商事行为的内容也在发生深刻的变化，如买卖行为从现货买卖发展到期货买卖，从实物交易发展到以有价证券为形式的权利交易。商法是经验卞义的产物，所以特定时代的商法典只能反映特定时代经济生活的现实，因此大陆法系商法典中的商行为范围多有时代的局限性。大陆法系近代商法，对商行为的范围，或者采用概括的方法，或者采用列举的方法，或者采用概括与列举相结合的方法。《法国商法典》采列举主义，第623条规定：法律上认为买卖之业，为任何出售商品，或制造出售商品，或因租赁而买人商品之事，或制造、保险、水路运输之业，物品的供给、行纪、居间、竞买、观场之业，金银汇兑、银行之业。一切营造船舶和船具及其买卖之业，海上保险，海上贸易等。《瑞士债务法》采概括卞义，规定：凡经营商业、工厂或其他依商人之方法为营业，而为商业登记者，其实施的行为即为商行为。《日本商法典》采列举和概括相结合的方式。第501条、

502条规定，对动产、不动产及有价证券的转让，在交易所的交易、出租、为他人进行的加工、制造、供应电气煤气、出版、印刷、保险寄托、居间、代理等行为皆属于商事经营。《美国统一商法典》卞要规范了商事交易制度，因此，其更像是大陆法系商事法律中的商事行为法。并并且按照交易一般顺序来规定商行为的规则。它所调整的商行为的范围卞要包括：（1）货物买卖，但买卖行为在法典中的范围是经过选择较为狭窄同时又具有鲜明的现代性，“货物”是指特定于买卖合同项下可以移动的物品，不包括不动产及知识产权，不包括金钱、投资证券，不包括服务，并且矿藏、天然气、石油等由买方或卖方开采区别对待，买方开采是涉及土地作为不动产的行为，卖方因与不动产分离开采出售则属货物销售，另外，大宗转让、有担保交易因有专门规定，也不属于货物买卖的调整范围。目法典中的买卖既包括现货买卖，也包括期货买卖。（2）商业票据。其规定的票据形式有汇票、支票、存折、本票。（3）信用证。（4）担保交易。如贷款购货、赊销。实际上它是一部买卖法。联合国国际贸易法委员会起草的《国际商事仲裁法》中对“商事”一词解释为，商事活动包括但不限于下列交易：任何提供或交换商品或劳务的交易；销售协议；商事代表或代理；保付代理；租赁；咨询；设计；许可；投资；融资；银行业；保险；开采协议或特许权；合营企业或其他形式的工业或商业合作；客货航空、海洋、铁路或公路运输。中国《企业法人登记管理条例实施细则》第2条、第3条的规定的企业法人从事商事行为的范围，可以看做是中国对于商事行为范围的规定，其包括：农林牧渔、水利及其服务业、工业、地质勘察和勘探业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、物资供销业、仓储业、房地产经营业、居间服务业、咨询服务业、金融保险业等。归纳起来，中国目前商法所规定的商事行为的范围卞要涉及如下行业：制造业、加工业、建筑业、运输业、水电煤气业、买卖业、出租业、仓库业、承揽业、打捞业、出版业、印刷业、广告业、传媒业、娱乐业、饮食业、行纪业、居间业、代办业、典当业、服务业、担保业、银行业、证券业、期货业、信托业、投资基金业、保险业、国际贸易、海上贸易以及农业、林业、

牧业、渔业、矿业等。注

四、商事行为的内容

一般来说，具体的商事行为种类决定了商事行为法的体系，在中国，具体的商事行为可包括以下几种：

1.商事合同。其中最为核心的是买卖商行为。买卖商行为是最基本的商行为，它是以民事买卖的基本规则为依托，体现资本经营本质的买卖行为。大陆法系商法典中大多没有完整的规范商事买卖，对买卖的一般规则都规定在民法典中，只对商事买卖中的特殊规则才在商法典中予以规定。而英美法系则将商事合同主要规定在买卖立法中，如英国1893年的《货物买卖法》，1979年又制定了新的《货物买卖法》。《美国统一商法典》中第一篇就是买卖法。商事买卖与民事买卖相比，其交易主体多为商人，或者至少一方为商人，因此买卖的职业性较强；商事买卖规则强调效率甚于公平；商事违约责任以严格责任为特征。其他的商事合同还包括租赁合同、融资租赁合同、运输合同、居间合同、行纪合同、仓储合同等。

2.证券交易。广义的证券交易既包括证券发行行为又包括证券交易行为。证券发行是指为了筹集资金，符合发行条件的证券发行人，依照法律规定的程序和条件，向投资人发行有价证券的行为。证券交易是指证券持有人依照特定的方式买卖已经发行的有价证券的行为。可见证券的交易依赖证券的发行，两类行为之间具有非常密切的联系，因此，中国《证券法》既调整证券发行行为也调整证券交易行为。证券交易的标的主要包括公司股票、公司债券。各国对证券交易都有单独的法律法规予以调整，或称为证券法，或称为证券交易法等。

3.期货买卖。期货是非现实存在并已特定化的货物，期货交易是指

对未来某一特定的时间和地点交割一定数量和质量的期货商品的买卖。期货交易是与现货交易相对应，并在现货交易基础上发展起来的交易形式。

4.商事信托。信托是英美衡平法的产物。信托的基本构造是：信托关系一般涉及三方当事人委托人、受托人、受益人。信托关系由委托人通过提供信托则产设立或因法院推定成立，由受托人为了受益人的利益而管理信托则产与处理信托事务，由受益人获得信托利益即在信托执行过程中产生的收益。中国颁布有《信托法》。

5.商业票据。不同国家的票据立法对票据范围并无统一的认识。英国、美国、瑞士等国立法采取“包括主义”立场，汇票、本票、支票均属于票据，它们并无本质区别，而德国、法国等国立法采取“分立主义”的宗旨，汇票和本票被纳入《票据法》，而支票则被规定在独立的《支票法》中。中国立法及理论均认为票据包括汇票、本票、支票。相比于股票和债券，票据是完全有价证券，票据权利的取得、行使和转让都必须与票据形式相结合，这意味着任何持有票据者（无论是通过背}J转让还是其他方式转让取得票据的人）即能享有从开票人处获得支付的无条件的权利，即使后者对原持票人作出了一种有效的抗辩。（如抗辩其欺诈）。票据制度是与发达的商品经济相适应的，是建立在发达的商事信用体系之上并维护该体系的有效运转。票据法律制度具有高度的技术性，如票据的要式性、文义性、票据行为的独立性与无因性以及持票人的追索权、票据抗辩的限制等，以及票据多次转让不仅不会影响持票人票据权利的实现，反而流转环节越多，票据上的保证越强。可见与追求公平的民法不同，票据法律制度典型地体现了以交易安全和效率为价值追求的商法理念。

6.商业银行业务。商业银行是专门经营存款、贷款、汇兑等货币信用业务，充当信用中介和支付中介的金融机构。商业银行业务依其法律属性，可以归纳为二大类：一是具有债的性质的法律关系；二是具有投资性质的法律关系；三是具有代理性质的法律关系。债的性质的法律关

系包括存款关系、贷款关系。其本质是合同行为。投资法律关系是指基于商业银行的投资行为所发生的法律关系。包括债券投资关系、股权投资关系、信托投资关系等。代理关系则是指基于商业银行从事结算等中介业务所发生的法律关系。商业银行业务的开展具有鲜明的营利性，如储户存款是为了赚取利息，银行放贷也是为了获取利益，因此，银行业务一般被列为商事行为。

7.商业保险。广义的保险既包括商业保险也包括社会保险。社会保险本质上是一种体现政府保障职能的非营利性的社会保障制度，是国家通过立法形式对社会成员因老弱病残等原因而丧失劳动能力或失业待业时提供物质帮助的一种形式，具有公益性和强制性的特点，所以不属于商行为的范畴。商业保险则是典型的商行为。商业保险的双方当事人，无论是保险人还是投保人，均是从成本收益的角度考虑是否建立保险关系，投保人之所以投保是因为投保费用要低于将来可能遭受到的损失，保险人之所以愿意承保是因为可以从中获利。保险公司或其他经营保险的组织以营利为目的而经营保险业务，其运作完全是商业化的乎段。商业保险关系的建立和运行依赖保险当事人之间的保险契约行为，而由于保险行业的高度专业性以及保险运营的基本原理之一便是某类损失发生的普遍性及通过集合多数可能遭受此类损失的经济单位共同筹集资金建立集中的保险基金来弥补少数人的损失。

8.商事代理。现代商行为的复杂性和专业性使得代理制度在商业生活中大显身乎，商事代理有利于降低商人之间的交易成本，降低交易风险。在商业实践中，商事代理制度越来越独立，形式越来越丰富，尤其是商事代理在国际贸易中有着举足轻重的作用，以致国际上针对商事代理进行专门的立法。如1961年的《国际私法关系中的代理法统一公约》,1961年的《国际货物买卖代理合同统一法公约》,1983年的《国际货物销售代理公约》。尤其是后者对于调和大陆法系和英美法系的代理理论进行了尝试。中国关于商事代理的规范主要集中在《民法通则》和《合同法》中。就商事代理的形态而言，其可以分为两大类，第一类是职务代理行为，包括法人之经理人的行为、商事卞体之代办人的职务代

理行为，职务是法定的代理，其代理权限依法定而非约定。第二类是代理商，其类型繁多，如独立代理人、佣金代理人、经纪人等。

9.海商。海商是关于海上贸易的商业行为，是通过船舶实施的海商行为。海商法的历史与海上贸易同样漫长，甚至可以说，民商分立的历史可以追溯到中世纪海商法的自成体系。11世纪晚期和12世纪是近代西方商法形成的时期。因为贸易的发达和商人阶层的兴起激发了对商事法律供给的需求。相比于陆上贸易，西欧中世纪的海上贸易更为繁荣，其海商法律表现为商事习惯法，如“罗地法”、“奥列隆法”、“康索拉度法”、“维斯比法”等都是以航海习惯为基础而编撰和汇集的法律。近代海商立法开端于法国1681年的《海事条例》。由于海商法完全起源于海上贸易习惯，与民事法律原则和制度的联系很少，很多海商法律制度在民事法律中根本找不着对应物。例如船舶的拟人化处理。在海商法上船舶具有权利卞体的某些特征。船舶有自己的名称、住所（船籍港）、国籍，甚至某些情况下能以自己的名义享受权利、承担义务。又如特殊的提单制度。提单是海商法中的一种独特的单证，具有独特的转让规则，而目与一般民法中将物权与债权进行清晰的划分不同，提单权利具有物权和债权双重性质，而目用传统民法物权、债权理论来解释都颇为牵强。海商法以海上运输关系以及与海上运输关系有密切联系的船舶关系作为调整对象。海上运输关系包括海上货物运输关系和海上旅客运输关系；海上船舶关系包括合同关系，如船舶租赁合同关系、船舶抵押合同关系马海上保险合同关系、海难救助合同关系；还包括侵权关系，如船舶碰撞而发生的损害赔偿关系以及因海上特殊风险而产生的共同海损、责任限制等关系。海商法的另一个突出特点就是具有国际性。

10.商业特许经营。所谓商业特许经营，是指在社会经济领域，在平等的民事卞体之间，一方将使用其商标、经营模式等提供产品或服务的权利授予给另一方行使的经营模式。在实践中，商业特许经营则常简称为特许经营。特许经营的基本构成要素应该包括以下三点：（1）受许人在特许人控制的特许经营系统或规定的推广计划下开展经营活动。（2）受许人的经营活动在特许人提供的统一的标志或商标下进行。

（3）向特许人支付或承诺支付一定的费用，包括以货物销售价款形式支付的费用。上述三个要素的完整组合构成了特许经营，三者缺一不可。第一个要素是特许经营的内因，第二个要素是特许经营的外因，第三个要素是特许经营的点睛之笔。少了第一个要素，特许经营就成为了单纯的品牌许可，有其形而无其实；少了第二个要素，特许经营将难以发挥体系的作用，有其实而元其形；少了第三个要素，特许经营即使有形有实，也难以发挥真正的作用。当然，这三个要素是紧密相连的，内因与外因相辅相成，并为第三个要素打下了基础，三者紧密结合方构成了特许经营这一独具特色的商业模式。

11.招标投标。所谓招标投标，是指采购人事先提出货物、工程或服务采购的条件和要求，邀请众多投标人参加投标并按照规定程序从中选择交易对象的一种市场交易行为。㊟从采购交易过程来看，它必然包括招标和投标两个最基本的环节。在实践中，招标有广义与狭义之分。当人们笼统地提到招标时，通常指的是广义的招标，即是指由招标人发出招标公告，邀请潜在的投标人进行投标，最后由招标人通过对各投标人所提出的价格、质量、交货期限和该投标人的技术水平、则务状况等因素进行综合比较，确定其中最佳的投标人为中标人，并与之签订合同的过程。狭义的招标是指招标人根据自己的需要，提出一定的标准或条件，向潜在投标人发出投标邀请的行为。当招标与投标一起使用时，则指狭义的招标。与该狭义的招标相对应，狭义的投标是指投标人接到招标通知后，根据招标通知和招标文件的要求编制投标文件，并将其送给招标人的行为。可见，从狭义上讲，招标与投标上是一个过程的两个方面，分别代表了采购方和供应方的交易行为。

12.拍卖。拍卖，是指以公开竞价的形式，将特定物品或则产权利转让给最高应价者的买卖方式。拍卖是一种特殊商事行为，它与一般买卖相比，具有以下特征：（1）拍卖至少涉及二方当事人。在拍卖过程中，至少需要有委托拍卖人、拍卖人和竞买人二方当事人参加。同时，竞买人的人数一般为多数。（2）拍卖具有公开性。公开性是拍卖的显著特征。在整个拍卖过程中，处处体现拍卖的公开性特征。在拍卖前，

拍卖人应当将拍卖物的种类、拍卖场所、拍卖日期和其他必要事项公开告知公众。拍卖在规定的时间和地点举行，通常邀请公证部门参加，整个要约和承诺的过程都是公开的。（3）拍卖具有竞争性。拍卖的性质决定竞买人必须为多数人，每个竞买人在拍卖过程中以竞相抬高标的物价格的方式出价购买，该竞相出价购买的方式充分体现了拍卖的竞争性，竞争的结果将使出价最高的竞买人成为买受人。（4）拍卖是订立合同的一种特殊方式。拍卖人通过公告的方式向不特定的多数人发出以订立合同为日的的意思表示。竞买人在拍卖过程中提出的条件为要约，拍卖人同意竞买人的条件而拍定，拍定具有承诺的效力。在拍卖过程中，一经拍定，合同即对双方产生法律约束力，任何一方都不得毁约，否则必须承担相应的违约责任。[注]此外，拍卖只能是现货买卖。

13.广告。广告是当代社会常见的商事行为。在广告业务中，需要明确几个相关人员的称谓：（1）广告主，是指为推销商品或者提供服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或者个人。（2）广告经营者，是指受委托提供广告设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人。（3）广告发布者，是指为广告卞或者广告卞委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。广告卞、广告经营者、广告发布者之间在广告活动中应当依法订立}弓面合同，明确各方的权利和义务。广告主自行或者委托他人设计、制作、发布广告，所推销的商品或者所提供的服务应当符合广告卞的经营范围。广告卞委托设计、制作、发布广告，应当委托具有合法经营资格的广告经营者、广告发布者。中国目前规范广告行为的主要是《广告法》。在未来的《商法通则》中也应该在商事行为编中规定广告行为的基本原则和规则。

（原载于《甘肃政法学院学报》2008年第6期）

---

1. 徐学鹿：《:商法概论》，.第132-137页，转引自董安生等：《:中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第126页。

2. 王利明、梁慧星：《经济法的理论问题》，第111页，转引自董安生等：《中国：商法总论》，吉林.人民出版社1994年版，.第126页。
3. 张民安、龚赛红：《商法总则》，山大学出版社2004年版，第210页。
4. 任尔昕、石旭雯：《商法理论探索与制度创新》，法律出版社2005年版，第122页。
5. 施天涛：《商法学》，法律出版社2003年版，第96页。
6. 孙琬钟主编：《中华人民共和国招标投标法释义与适用指南》，中国人民公安大学出版社1999年版，第25页。
7. 参见来奇主编：《买卖合同》，中国民主法制出版社2003版，第189页。

我国一人有限责任公司的立法特点

我国新《公司法》顺应世界一人公司发展的潮流，首次承认一人有限责任公司的法律地位，并且用了7个条文对一人有限责任公司的定义、设立、公司注明或载明、公司章程、股东行使职权、财务会计制度、股东的民事责任等内容进行了规范。这标志着我国公司制度的进一步趋向完善，也必将对我国的市场经济的发展起到重要的促进作用。本文从我国新《公司法》对一人有限责任公司的规范入手，着重探讨了我国一人有限责任公司的立法特点及其发展前景，以期抛砖引玉，求教于大方。

一、我国新《公司法》对一人有限责任公司规范的特点

我国现行的一人有限责任公司的立法，与其他国家和地区的相关立法相比，具有如下几个显著的特点。

（一）对一人公司性质的严格限定

我国新《公司法》将我国承认的一人公司明确限定为有限责任公司，股份公司和其他任何性质的公司均不得适用一人有限责任公司的规

定。其不仅将一人公司列在第二章“有限责任公司的设立和组织机构”的第三节中，而且还在第58条明确规定：“一人有限责任公司的设立和组织机构，适用本节规定；本节没有规定，适用本章第一节、第二节的规定”。这就将一人公司严格地限定在有限责任公司的框架之下。这是具有我国特色的一人公司制度。

从世界范围看，在有些国家，一人公司不仅局限于有限责任公司，股份公司或其他形式的公司，仍然可以适用一人公司的规定。例如，率先以成文立法的形式肯定一人公司的法律地位的列支敦士登于1925年11月5日制定、1926年1月20日实施的《关于自然人与公司的法律》规定：股份有限公司和有限责任公司都可由一人设立，并可由一个股东维持公司的存续，而股东不承担个人责任。[注]荷兰于1986年5月16日修正该国民法，承认有限公司及股份有限公司可以一人公司形态设立。日本从“便于中小个人投资者创设不愿他人入股的股份公司”和“便于现存企业创设全资子公司”的目的出发，于1938年删除了商法第404条公司股东成为一人时即可解散的规定，承认了变更设立的一人股份公司的存在。1990年，又将商法典原第165条关于设立股份公司应有7人以上的发起人的规定修改为“设立股份公司，应由发起人制作章程”，同时删除了原有限公司法第8条关于有限公司股东人数下限的限制。但日本的一人公司有其独特之处，即不仅允许一人有限公司，而且还允许一人股份公司；不仅承认变更设立的一人公司，而且还允许初始设立一人公司；并没有在法律上直接明文规定一人可以设立公司，而是通过对公司发起人下限的废除和对公司解散条件的修正，间接承认了一人公司的设立。另外，加拿大的《商业公司法》、意大利的《民法典》、俄罗斯的《联邦股份公司法》、南非的《公司法》、均承认一人有限责任公司和一人股份有限公司。而澳大利亚、韩国和巴西则只承认一人股份有限公司。

德国却有着它独特的地方，它与上述几国的情况有所不同。在20世纪70年代以前，德国公司法没有关于一人公司的明确规定。但随着德国经济由战后的萧条时期，快速进入蓬勃发展时期，德国一人公司形式也越来越得到广大投资者的欢迎。据统计，至1960年代中期一人公司已占

德国全部有限公司总数的1/4，至1972年一人公司上升到20000家。(注)同时，在德国的法院判例上也开始承认一人公司的法人资格。在此情形下，德国学界及实务界不得不考虑一人公司的承认问题，遂于1969年《新德意志组织变更法》中明文规定，资合公司可以变更组织为个人企业或一人公司；1972年由“有限公司修正研究社团”（Areitskreis GmbH Reform）提出修正案，建议应修改有限公司法正式承认设立时一人公司。1980年，《有限责任公司增订法》获得通过，次年1月1日即正式生效。该法第一条即明文规定：“有限责任公司得依本法规定——由一人或数人设立。”它还允许有限责任公司在设立后变更为一人公司，即公司中的一个股东保留自己的股份，并受让其他股东股份，使公司全部股份归属于一个股东。股份有限公司也可以按《有限责任公司法》变更为一人公司，但其性质则从股份公司转变为有限责任公司。德国承认一人公司主要有两点理由，一是为鼓励中小企业充分发展，二是可将一人公司置于法律控制之下，使一人公司股东不致于利用该公司的有限责任诈害债权人。可见，德国的公司法对于一人公司的承认也只是停留在有限责任公司的范畴内，所不同的是允许有限责任公司和股份有限公司在设立后变更为一人公司，但其性质必须是有限责任公司。这是德国公司立法的特色之一。

与我国的规定相类似的是比利时的法律。比利时于1987年6月14日也正式通过法案，承认有限责任公司设立时可以选择设立一人公司，但该规定不适用于股份有限公司。

我国对一人公司的规定主要还是从一人公司的法律特征上考虑的。与一般的有限责任公司和股份有限公司不同，一人公司有其自身的法律特征，这主要表现在：

（1）股东的唯一性。不论是形式一人公司还是实质一人公司，在其成立或存续期间，公司的股东仅为一人，或者虽然形式上或名义上为二人以上，但实质上，公司的真实股东仅为一人。

（2）集董事与股东于一身。由于一人公司的股东系一人，所以，

在一般情形下公司董事职务往往由股东自身兼任，而且大多为该公司之唯一董事。

（3）责任的有限性。一人公司如属有限责任公司，其股东以其出资为限对公司的债务承担有限责任，公司以其全部资本为限对公司债务独立承担责任。此特征与一般有限责任公司无二。

此外，一人公司虽然是由一个股东所控制，但并不意味着这一股东就可以为所欲为，其行为受公司法的制约，它必须遵循公司法的基本原则。也就是说，它除了必须遵守公司法几个基本原则以外，还应遵守其他几个特殊的基本原则：

（1）一人出资原则。不论是一人发起设立，还是股份公司或有限责任公司的全部股份转归一人所有，公司成立时的资本额必须不低于有关行业法律法规规定的最低资本额的要求。公司股东负有单独缴足此款的义务。

（2）资本保持原则。已经投入公司的注册资金不得收回。一人公司的股东不得以其为公司唯一股东的便利，非经法定程序，随意动用公司财产，或者不经法律或公司章程规定程序收回投资。

（3）分离原则。与多人有限责任公司一样，作为独立法人的一人公司，在法律上与其独一无二的股东是相互分离的。其具体表现是：公司财产与股东私人财产分属不同的权利主体，二者应该是严格分离的；公司债务原则上只能由公司承担，而股东的个人债务则由股东个人承担，二者也是泾渭分明的。

（4）公司章程公证登记原则。由于一人公司没有公司合意，只有股东一人的意思表示，为了防止损害他人和社会公共利益，须将关于公司成立及公司组织和公司制度诸方面的股东个人的意思表示，经公证后，存于公司登记机构公证处备查。

（5）接受监察原则。一人公司如属有限责任公司的范畴，就应该具备有限公司的一些基本制度要求，其中的监察机关应属应有之义。但

鉴于其特殊性，可在相关机构中聘请监察员为一人公司的监事。

同时，一人公司与个人独资公司也有其显著的区别：

首先，法律性质不同。一人公司需要原则满足《公司法》为股权多元化的公司设置的公司基本制度、公司财务会计制度以及公司治理制度；而个人独资企业只适用个人独资企业法，只受该法的调整和约束。

其次，承担的民事责任能力不同。一人公司是独立的企业法人，具有完全的民事权利能力、民事行为能力和民事责任能力，是公司中的特殊类型；而个人独资公司则不是独立的企业法人，不能以其财产独立承担民事责任，而是投资者以个人财产对企业债务承担无限责任。

最后，承担的税收义务不同。一人公司及其股东须分别就其公司所得和股东股利分别缴纳法人所得税和个人所得税；而个人独资企业自身不缴纳法人所得税，只待投资者取得投资回报时缴纳个人所得税。

除了上述的特征及区别以外，一般来说，一人公司无论在资本规模、信用程度，还是在风险承担方面，都与普通有限责任公司或股份公司在法律存在着明显的差异。

因此，为了将一人公司置于法律控制之下，使一人公司股东不致于利用该公司的有限责任诈害债权人，逃避税收，规避社会责任，完全有必要对一人公司的性质加以限定，这样既有利于鼓励中小企业充分发展，又可以以法律手段对一人公司进行有效的控制。

（二）一人公司股东的多元化

新《公司法》第58条规定：一人有限责任公司是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。这就是说，在我国可以由一个自然人股东或者一个法人股东设立一人有限责任公司。它包含三个方面的内容：

（1）一人有限责任公司的全部股份或者出资，只属于一个投资主体，并以出资额为限承担法律责任。这个投资主体可以是一个自然人或者是一个法人。这是我国《公司法》首次规定自然人和法人可以投资设立一人有限责任公司。此前，《公司法》中规定国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以出资设立国有独资公司。《外资企业法》中规定外资企业是指依照中国法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业。由此可见，当时只有国家和外资企业可以设立一人有限责任公司，而国内的其他企业和个人，则不得设立一人有限责任公司。

（2）一个自然人股东的有限责任公司的自然人，应该是具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动的人。本条规定，一个自然人股东设立的有限责任公司，适用《公司法》第二章"有限责任公司的设立和组织机构"的第三节"一人有限责任公司的特别规定"的规定；本条没有规定的，适用第二章第一节"设立"和第二节"组织机构"的规定，即：股东出资要达到法定资本最低限额；有公司名称；建立符合有限责任公司要求的组织机构；有公司住所等。

（3）民法理论上法人，是相对于自然人的一种民事主体。《民法通则》规定：法人是有民事权利能力和民事行为能力，依法享有民事权利和承担民事义务的组织。在实践中，有众多的公司为了扩大自身的经营范围和经营领域，化解投资风险，追求利润最大化，希望设立全资子公司，修改后的《公司法》顺应了它们的要求，使投资更加多元化、规范化。

从海外的立法情况看，在承认一人公司的国家和地区，其公司法大部分承认自然人与法人均可设立一人公司。如日本《有限公司法》、《商法典》，韩国《商法》，美国《示范公司法》，德国《有限公司法》、《股份法》均规定一人公司的股东可以为自然人，也可以为法人。但有的国家公司法则在一方面规定一人公司股东可为自然人的同时，又明确限定一人公司股东若为法人时，不得为另一个一人公司的股东。如俄罗斯《联邦股份公司法》第10条规定：一人公司股东可为自然

人，或非一人公司之法人；同条第2款还规定：公司不得由另外一个由一个人组成的经营公司作为惟一的发起人。而另有一些国家和地区的公司法规定，国家和合伙也可作为一人公司的股东。如美国纽约州和特拉华州公司法就规定，一人公司的股东可以为自然人、法人或合伙。法国公司法则规定一人公司股东可以为自然人、非一人公司之法人或国家。注

（三）限定最低注册资本和缴纳方式

新《公司法》第59条第1款规定："一人有限责任公司的注册资本最低限额为十万元人民币。股东出资应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额"。

该规定是对一人公司资本制度方面进行的规制。公司注册资本代表了一人公司清偿对外债务的能力。目前我国《公司法》对股东的出资实行的仍是严格的法定资本制，但有向折衷资本制转移的趋势，即股东出资除以货币形式外，还可以非货币财产形式出资。但考虑到一人有限责任公司的风险性和保障债权人的权益，新《公司法》除对普通公司适用折衷资本制外，对一人有限责任公司仍适用严格的法定资本制，规定一人股东出资的注册资本的最低限额，并将公司注册资本记载于公司章程。一般来说，当一人有限责任公司的合法性得到法律确认后，必然会大量出现一人有限责任公司，其中也必然会出现一些所谓"皮包公司"，因此，新《公司法》规定一人有限责任公司注册资本在公司登记成立时必须缴足，否则不予注册登记和颁发营业执照，以防止一人有限责任公司设立中的欺诈和投机行为，对公司债权人的利益和交易安全进行保护。这种立法对数额下限和缴纳方式的规定是一人公司的进入障碍，也是平衡立法的举措。而我国的《独资企业法》规定独资企业承担无限责任，但没有规定出资数额。从这一角度看，这两种单一投资主体必须会根据自身的经济实力和其他因素在一人公司和一人独资企业之间作出选

择。

根据新《公司法》的规定，我国对一人有限责任公司适用严格的法定资本制度。股东应当一次足额缴纳公司章程规定出资额，如果虚假出资则应承担相应的法律责任：公司的发起人、股东虚假出资的，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正；对虚假出资的处以虚假出资金额5%以上15%以下的罚款。

从海外立法看，就目前作者掌握的材料来看，只有丹麦明确规定了一人公司的注册资本，其《有限公司法》规定，设立一人公司最低资本为3000克郎。其余国家基本上是将普通有限责任公司与一人公司的注册资本规定混用的。因此，就这一点来看，我国明确规定了一人公司的注册资本，乃是具有我国独特的一面的。

（四）限制股东设立一人公司的数量

新《公司法》第59条第2款规定：“一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司”。

这是对自然人设立一人有限责任公司的限制。“有限责任”待遇最早仅适用于股份公司股东。但是，随着中、小企业的兴起与发展，如果不给予它们“有限责任”待遇，它们难以发展。适应这种需要，出现了有限责任公司，并为各国所仿效。但是，有限责任公司必须由两个以上股东建立，于是，一人建立的企业的股东对扩大“有限责任”的适用范围的需求也越来越突出。特别是随着允许设立一人公司的国家日益增多，各国公司法为了保护债权人利益，强化了一人股东对公司的义务和责任。因为，一人公司的运作方式不同于股东在两人以上的有限责任公司，缺乏股东之间的相互制约，存在投资上的随意性，如果发生同一投资人的两个公司进行交易，掏空其中一家公司，会损害债权人的利益。因此，我国新《公司法》规定，允许自然人和公司法人出资设立一人有限责任公

司，但为了防止其滥设一人有限责任公司，禁止一人有限责任公司作为惟一股东再设立一人有限责任公司。同时，在法律上不允许一个自然人拥有多个一人有限责任公司，这主要是考虑到一人有限责任公司的无限责任的特征，如果允许自然人同时拥有不同的一人有限责任公司，则其所有的无限责任等于形同虚设，也无法保护债权人的利益。

从海外立法看，像我国这样明确地规定禁止滥设一人公司的还不多。法国《商事公司法》、俄罗斯《联邦股份公司法》和欧盟的《欧盟第12号公司法指令》与我国该规定有相似之处。例如，《法国商事公司法》第36—2条规定：“一个自然人只得成为一个一人公司的股东，一个有限责任公司不得成为另一个由一人组成的有限责任公司的一人股东。违背前款规定的，一切有关的人可以要求解散非法组成的公司。如该非法因素是由拥有一人以上股东的公司的全部股份归集于一人之手所造成的，则不得在股份汇集于一人之手后不到一年的时间里提出解散公司的要求。在所有情况下，法庭可给予最长6个月的期限以依法纠正非法状态。如于法庭进行实质审理之日已依法进行纠正，法庭不得判决解散公司。”但是，总的来说，像我国这样如此明确的规制，所见不多。这也应该是我国新《公司法》的一个特色。

（五）增强公司的透明度

新《公司法》通过书面记载、公开登记、会计审计、告知债权人制度，增强公司运作的透明度。

新《公司法》第60条规定：“一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。”

新《公司法》第62条规定：“一人有限责任公司不设股东会。股东作出本法第三十八条第一款所列决定时，应当采用书面形式，并由股东签名后置备于公司。”

这是对一人有限责任公司的又一些限制性规定，也可叫做身份限制。依照我国法律规定，公司登记事项包括：名称、住所、法定代表人、注册资本、企业类型、经营范围、经营期限、有限责任公司股东或者股份有限责任公司发起人的姓名或者名称。这个制度应该认为是一种公示制度，其作用是为交易对方提供公司有关的基本情况，以有助于交易双方降低交易风险，顺利进行交易活动。一人有限公司的特点是股东的惟一和股东对公司债务承担有限责任，出于诚信和促进社会经济稳健发展的考虑，对于股东及出资情况也应当以一定的形式向社会公示，以便对方根据实际情况来决定自己的行为。同时，将一人有限公司的股东及其出资情况予以公示，也利于债权人及时保护自身的利益，因一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。如申请一人有限责任公司的营业执照应具备下列条件：（1）有符合规定名称；（2）有固定的经营场所和设施；（3）有相应的管理机构和负责人；（4）有符合规定经营范围。同时应提交的文件包括：（1）公司法定代表人签署的设立公司的登记申请书；（2）公司章程；（3）营业场所使用证明；（4）公司登记机关要求提交的其他文件。

为了使公司债权人在与一人有限责任公司进行交易时，充分了解一人有限责任公司的经营状态，我国新《公司法》规定了一人有限责任公司的公示制度。该公示制度包括两方面的内容：一是设立时公示，即一人有限责任公司在设立时应公开登记，并记载于公司登记机关的登记簿上，以备公司债权人或其他相关人查阅。二是公司设立之后而成为一人有限责任公司（即存续的一人有限责任公司），也应就该事实向公司登记机关进行登记，并且在公司自己保管可公示于社会公众的登记簿上，进行商事登记信息披露，以降低债权人和交易人的风险。三是一人有限责任公司在作出重大决定时的公示，即股东在作出诸如决定公司经营方针和投资计划；审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；对公司增加或者减少注册资本作出决议；修改公司章程；对公司合并、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；对公司聘用、解聘会计师事务所

作出决议；公司章程规定的其他职权时必须采用书面形式，并由股东签字后置备于公司。同时，由他自己和由他代表的公司签定的交易合同，也应以书面形式记录。这些记录应当备于公司公共场所或者能被公众能够所知悉的地方，以便公众及时了解一人有限责任公司的经营状况。这样既有利于降低交易者和债权人的风险，也有利于公众对公司情况的监督和公司股东的自身警醒。

新《公司法》第63条还要求，一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。

根据我国《会计法》和有关法律、法规的规定，须经注册会计师进行审计的单位，应当向受委托的会计师事务所如实提供会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料以及有关情况。任何单位或者个人不得以任何方式要求或者示意注册会计师及其所在的会计师事务所出具不实或者不当的审计报告。财政部门有权对会计师事务所出具审计报告的程序和内容进行监督。

审计的内容包括：第一，审查企业会计报表，出具审计报告；第二，验证企业资本，出具验资报告；第三，办理企业合并、分立、清算事宜中的审计业务，出具有关报告；第四，法律、行政法规规定其他审计业务。

通过上述这一系列的透明化制度，使一人公司能置于债权人甚至公众的监督之下，降低了单一投资者损人利己的不法交易行为的可能性。这些较为严格的制度可以视为一人公司股东享有有限责任利益所应付出的“对价”。这也充分反映了我国立法者对债权人利益和社会公共秩序特意保护的良苦用心。这也应该看作我国新《公司法》的特色之一。

（六）简化公司机构

新《公司法》第62条规定：“一人有限责任公司不设股东会。”这是

关于公司机构的规定。

实践中，由于股东多元化公司股东之间的利益不同，极易导致股东间的权利义务之争，或者决而不断，或者相互推诿扯皮，从而妨碍了公司的效率。而一人有限责任公司投资主体的惟一性则有助于简化公司内部法律关系，不存在股东冲突问题。这也可以看作是一人有限责任公司在治理中的优势。因此，一人有限责任公司的特征之一便是公司没有股东会，只有一个股东。这又是一人有限责任公司的特征之一。如果照搬普通有限责任公司的模式进行机构设置，则是机械的和不合实际的。

从海外的立法来看，各国和地区大多未对一人公司的机构设置作出特别规定，因此，一人公司的机构设置普遍适用普通公司的规定，只有个别国家和地区有特别规定。如法国《商事公司法》第34条第2款规定："当公司只有一人时，该人取名为一人股东。一人股东行使本章条款赋予股东大会的权力。"《新加坡公司法》第145条规定：如果公司只有一个股东，那么这个股东可以兼任唯一董事。第182条规定：如果公司只有一个股东，则该股东出席或其代理人出席即认为股东会召开。我国香港地区《公司条例》第114AA条规定：即使公司的章程细则有任何相反规定，如公司只有一名成员，一名成员亲自出席或代表出席，即构成公司会议的法定人数。第158（2B）条规定，凡某公司属只有一名成员的私人公司，而该成员是该公司的惟一董事，登记册须就该公司的备任董事依法记载详情。[注]

可见，我国新《公司法》关于一人公司机构的规定，与其他国家和地区的规定所相同的一点是：一人公司的机构设置普遍适用普通公司的规定；所不同的是：我国新《公司法》仅就一人公司的股东会作了特殊的规定，而对于其他机构则未作出特殊的规定。这既是我国新《公司法》的一个特点，也是一个缺憾。

（七）建立了一人公司法人人格否认制度

新《公司法》第63条规定："一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。"这是关于一人有限责任公司的股东的民事责任的规定。

所谓法人人格否认制度，是指股东利用控股权滥用法人人格从事违法或规避法律行为，致使法人独立财产不足以清偿债务时，责令股东负无限责任。由于一人公司的特殊性，如果一人公司单一股东投资者试图将股东等同于公司，股东权益等同于公司权益，这不仅严重背离了公司与股东分离的原则，也导致公司与股东人格差别客观上不明了，法人独立存在的根据丧失殆尽。为了保护债权人的合法权益，惩罚恶意投资者，有必要赋予债权人以实施事后救济，对投资者直接追索权利。因此，在一人公司发生债权债务关系后，如果一人公司的债权人有理由相信一人公司的存在，采用欺诈、侵吞公司财产、混同公司与股东财产，制造破产假象等手段，损害了债权人的合法利益，则可以运用公司法人人格否认理论，直接对一人公司股东提起诉讼。但是，公司法人人格否认法理不是对公司法人人格制度的否定，而只是对这一制度必要的补充和完善，是对失衡的公司利益关系的一种事后规制。

由于一人有限责任公司股东的惟一性，惟一股东的意思便是公司的意思，这样容易造成一人有限责任公司业务与唯一股东的业务多方面的混同，诸如经营业务完全一致，公司资本与唯一股东生活费用的混杂使用，公司营业场所与唯一股东居所的合一，公司交通工具与唯一股东的个人交通工具混用等。由此，使公司相对人难以分清与之交易的对象是公司还是股东个人，也无法保证公司财产的完整性，最终导致公司债权人承担较大的经营风险；同时，为了避免因公司经营失误而不致危及唯一股东在公司之外的财产，因此，极有必要将公司财产与唯一股东的个人财产相分离，这样既符合一人有限责任公司的有限责任的性质，又有利于相对债权人利益的保护。但是，在实际生活中，很多一人有限责任公司的股东与公司财产无法分清的事实，为了保障公司债权人的利益，防止公司股东以此逃避债务，法律有必要规定一人有限责任公司的唯一股东承担一定的所谓"无限责任"，这就是上述的《公司法》第63条的关

于一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任的规定。

这里实际上是把本应作为相互独立的公司及其股东视为同一主体，对公司债务承担连带责任。“连带责任”，是按份责任的对称，它是指两个以上的债务人，共同负责履行清偿同一债务的行为。它是保证债务履行的一种手段。在这里的所谓“连带责任”，实际上就是一种无限责任，亦即只要唯一股东无法证实自己的财产是与公司财产分离的，而公司的财产已经不足以偿还债务时，唯一股东对这些债务就应当承担无限责任，即用自己的个人财产来补偿以公司财产不足以清偿的而应当承担的其余债务。

这里必须说明的是，一人有限责任公司的法人人格的否认与其他公司的法人人格否认在举证责任的承担上是不同的。一人有限责任公司的股东负有证明公司财产独立于自己财产的举证义务，如果股东不能证明公司财产是独立于股东自己财产的，应当对公司债务承担连带责任。而其他公司的法人人格否认的举证责任则由提出该主张的当事人承担，即债权人或者他人认为股东滥用了公司法人的独立地位和股东有限责任，逃避债务，损害了债权人利益的，同时负有对该主张的举证义务。这里有着举证倒置的性质，即唯一股东只有在出具了充分的证据证明自己的个人财产与公司的财产是分离的情况下，对公司的债务才能够承担有限责任，否则，当唯一股东拿不出或者没有相关证据证实其自己个人财产与公司财产是分离的，该唯一股东就要对公司的债务承担无限责任（连带责任）。这是我国对于一人有限责任公司制度的独创性规定，具有我国的独有特色。应该说，这是与我国的信用制度尚不健全，诚信状况不尽如人意的现实情况密切相关的。

鉴于有此规定，一人有限责任公司的唯一股东要特别注意的是，在经营中不要用公司的名义购买自己和家庭日常的生活用品，如自己或家庭使用的汽车、房屋、服装、生活必需用品等，即不要在公司的账面上出现用于购买个人或家庭财产的票据或证明文件，以此即可以从一个方

面证实自己的个人财产与公司财产产权的清晰与分离，以避免在公司出现债务时危及到自己的日常生活和生存，而得以充分利用公司有限责任的优势。

总之，我国新《公司法》对一人有限责任公司作了较为详细、具体的规定，使实践中的一人公司有法可循，具有较强的时代特征和进步意义。

二、进一步完善我国一人公司制度的建议及其发展前景之展望

（一）对完善我国一人公司制度的建议

尽管我国新《公司法》对一人有限责任公司作了较多规定，然而仍有一些问题尚须完善。

1、出资方式的规定显得单调、划一，且不够明确

由于这是对一人有限责任公司的特殊规定，虽然前面有“本节没有规定，适用本章第一节、第二节的规定”的内容，但从规定内容看，给人一种一人有限责任公司的注册资本只能够以货币为出资形式，而不能以其他诸如实物、知识产权等为出资形式的印象。这里要么明确规定“一人有限责任公司只能以货币为其出资方式”；要么从进一步鼓励投资和公民创业精神出发，明确规定一人有限责任公司也可以与其他类型公司一样，以实物、知识产权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。

2、建立相应的监督机制

一人公司与一般公司最大的区别在于股东单一，在一般情况下，董事职务均系由该股东自身兼任，而且大多为该公司之惟一董事。因此，一人公司的利益与股东利益是合而为一的，在此情形下，若董事业务能力欠佳而造成公司亏损时，不仅将造成股东自身利益亏损，而且会造成与其有交易行为第三人或债权人面临利益损失的风险。为了保护相对交易第三人、公司债权人的利益，维持社会经济秩序，许多国家都规定一人公司也须设立监察机关。法国于1984年为配合欧共体第四号指令（指令第51·11条），再度修改公司法，在新公司法第64条中规定：公司营业年度结束后，决算结果若该年度资产负债中之资产达1000万法郎，或税后营业额达2000万法郎，或该年度员工人数达50人以上，一公司前三者中若有其二者，则必须遴选一名以上会计监察人。同时还在该法65条第2项第1款规定：一人公司的单一股东及其配偶、直系尊亲属、直系卑亲属、直系第四亲等旁系亲属及第四亲等旁系亲属，皆不得担任会计监察人。

奥地利公司法第86条及第268条规定，任何公司均必须设立监察会，其基本人数视公司规模可定3名、7名、12名或20名不等；一人公司的单一股东若欲担任董事一职时，公司须外聘三名监察员；若单一股东担任监察员时，则须外聘董事。

瑞士1936年的债务法第625条规定，股份公司必须设立监察机关，即使事后因股份集中为一人所有而成为一人公司的，仍须设立监察组织。而在有限责任公司中，监察机关则为任意机关，由该公司自行决定；有限公司成为一人公司时，可由其单一股东决定是否遴选监察员；只要公司章程同意，股东也可自任监察员。

从上述各国的规定来看，建立相应的监察制度，是一人公司制度的发展趋势和必要内容。针对我国情况，一方面可以在公司内部由股东以外的公司管理人员和雇员，民主选举监事会或监事，对股东的决议进行

内部监督；另一方面，通过公司税务机关、税务咨询公司、会计师事务所等从外部加强对一人公司财务会计制度的监督和培训。从目前的实际情况看，对一人公司股东责任加以监督的最有效的途径是严格健全公司的财务会计制度。当然《公司法》对此可以只作一般性的原则规定，具体问题和制度由相关会计制度的法律、法规去调整，可在以后修改《会计法》等法律、法规时，予以具体、详细的规定。

（二）我国一人有限责任公司的发展前景之展望

我国《公司法》既已承认一人有限责任公司的独立地位，这是我国公司制度的一大改革和进步。据相关媒体报道，截止2006年2月15日，自2006年1月1日新《公司法》正式实施以来的一个半月以来，北京市登记注册的一人有限责任公司有270家；[注]仅一月份，在深圳有3例，上海、安徽各有1家，在重庆2006年1月10日，注册了一家注册资本为1亿元的目前国内注册资本最大的一人有限责任公司。所庆幸的是，其注册手续比较简便，只要具备了所需证件和材料，仅需半个小时即可注册成功。[注]在民营经济较为发达的浙江省，据省工商局统计，仅2006年一季度，全省就注册成立“一人公司”1888家，其总注册资本达到了2.5亿元。其中单个自然人投资的有1724家，单个法人投资的有164家。截止3月底，仅杭州一地已经注册的一人有限责任公司已有566家，注册资本达到68763万元。在此背景下，浙江省个体工商户数量有所下降，到3月底，个体工商户总数比年初减少了9700多户，资金总额减少4.58亿元，其中有一部分人转为注册“一人公司”。[注]可见，在民营经济较为发达的地区，一人有限责任公司还是备受投资者青睐的，其发展前景是乐观的。

有的注册了一人公司的投资者对一人公司的经营状况还感觉良好。如南京市的一位姓陈的老板，于2006年1月10注册了新的一人公司后，深有体会地说：以前自己都是以经营部的名义来开展业务，而在与一些

公司的竞争中，自己个体的身份有时候根本就没有竞争资格，一些明明自己可以承揽的业务别人就是不让你做。而现在注册公司以后，在和别人谈生意时，对方首先对自己的资质不怀疑了，现在的业务不仅比以前多了，也做大了。他表示，按照旧《公司法》的规定，他自己的公司需要注册资金50万元，而现在只需要10万元，加之其他手续简便了，使得他如愿地开了一家属于自己的公司。据有关人士估计，我国将来注册资本在10万元以下的企业会越来越多。注

笔者相信，随着我国法制和信用制度的不断完善，目前套在一人有限责任公司头上的一系列枷锁和制约，也必将成为历史的陈迹。因为，只有能够充分发挥和激励社会资源的作用的法律制度，才能够得到历史的承认并得以发展。

（原载于《法学家》2006年第3期）

---

1. [英]梅因哈特：《欧洲十二国公司法》，第352、338、395页。
2. 赵德枢：《一人公司详论》，中国人民大学出版社2004年7月第一版，第68页。
3. 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年12月第1版，第72~73页。
4. 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》人民法院出版社2005年12月第1版，第74~75页。
5. 参见http://info. China.alibaba.com/news/detail/v5003000-d5633921.html.
6. 参见http://info. China.alibaba.com/news subject/v5003000-s5015070.html
7. 参见http://info. China.alibaba.com/news/detail/v5003000-d5696894.html
8. 参见http://info. China.alibaba.com,2006-02-05.

中国保险合同中几个主要问题研究
——兼论保险法的第二次修改

一、受益人在保险合同中的法律地位

受益人是人身保险合同中一个非常重要的概念。广义而言，受益人是指有权在保险事故发生时，或期满生存、领取保险金的人，受益人既可以是被保险人，也可以是除投保人和被保险人以外的其他自然人和法人。狭义而言，受益人仅指死亡保险中，被保险人死亡后有权享有保险金的人。我国《保险法》二十二条规定："受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人，投保人、被保险人可以是受益人。"可见，保险法中的受益人当属广义概念。本文讨论的受益人则仅限于后者。对受益人的法律地位进行正确分析和认定，有助于人身保险合同的正确履行。

（一）关于受益人合法资格的取得及继受条件问题

我国《保险法》第六十一条规定："人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定。投保人指定受益人时须经被保险人同意。"第二款："被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以由其监护人指定受益人"。据此，受益人的产生途径有二条：一是被保险人（或其监护人）直接指定，一是投保人指定经被保险人同意。法律

之所以作出这样的规定，是因为人身保险合同中的被保险人，其生命和身体作为保险标的，是受保险合同保障的，他是享有保险金请求权的，而死亡保险的被保险人又无法由其本人行使保险金请求权，如何处置支配合同中享有的这种权利，只能是权利者（被保险人）所独有的权利。同样变更已指定的受益人也只须被保险人单方意思表示，而不需征得原受益人或保险人的同意。我国《保险法》第六十三条规定："被保险人或者投保人可以变更受益人并书面通知保险人。保险人收到变更受益人的书面通知后，应当在保险单上批注。投保人变更受益人时须经被保险人同意。"有人据此认为，受益人的变更需要经过被保险人或者投保人书面通知以及保险人批注两个程序才能产生法律效力。笔者认为这是对法律的误解。受益人变更完全是由投保人或者被保险人单方面的主动行为，只要符合法定要件（书面形式）并履行通知义务就应当生效。而批注是保险人的责任，是保险人履行法律义务的行为，其是否批注、如何批注则与变更人无关，不能约束被保险人、投保人。以"未批注，则不生效"来抗辩，无异于赋予保险人以变更的决定权，没有法律根据。但实践中对何为通知以及谁来履行通知义务也存在争议。有人认为通知只能是直接表示受益人变更的文件，且应当由变更者本人来通知保险人。有人则认为，通知是一切能够表明变更受益人为真实意思表示的文件，通知人可以是变更者本人，也可以是其继承人、受益人。笔者倾向于第二种意见。理由是：（1）受益人的变更是意思自治原则的体现，我们应该着眼于当事人的真实意思表示。只要能够证明指定人变更了受益人，我们就应该充分尊重其意见，而不应当拘泥于通知的形式。单独的、直接的文件可以，其他形式如信件、遗愿也可以；（2）受益人变更实行的应当是到达生效主义。变更的意思表示只要能够为保险人所了解，变更即发生法律效力，而不问保险人是否批注，是否是本人通知。对于受益人的资格，法律没有特别限制，自然人、企业、公司、社会团体、事业法人、其他组织均可以，甚至国家机关、国家只要是被保险人指定的，都可作受益人。可以是有行为能力的人，也可以是无行为能力的人。胎儿以将来活产为限也可作为受益人。

对受益人的人数问题，我国《保险法》第六十二条规定：“被保险人或投保人可以指定一人或数人为受益人。”所谓指定，是指保险合同的投保人或者被保险人确定受益人的行为。按照指定时有无受益人来看，指定可以分为初始指定和变更指定。按照指定人的身份来看，指定可以分为不可撤销的指定和可以撤销的指定。我国《保险法》六十二条第二款规定：“受益人为数人的，被保险人或投保人可以确定受益顺序和受益份额，未确定受益份额的，受益人按照相等份额享有受益权。”在数个自然人受益人中，被保险人也可指定原始受益人和后继受益人，原始受益人即为订立保险合同时指定的受益人，后继受益人即保单上注明的原始受益人死亡后由其受益的人。在此情况下，原始受益人的受益权优于后继受益人，而后继受益人的受益权又成为法定受益人（即被保险人的法定继承人）。

（二）关于受益人无偿享有保险合同规定的利益，不负交纳保费的义务的问题

为了促使当事人全面履行合同，避免引起不必要的纠纷，应该对受益人的权利予以关注。受益人最重要的权利就是保险金请求权。否则，当事人无法实现合同目的。此外是受益人的知情权，即知悉合同履行情况的权利。这部分权利都是围绕保险金请求权展开的。主要包括：（1）知道自己成为受益人的权利；（2）知道自己丧失受益权的权利；（3）了解合同当事人及其他关系人基本情况的权利；（4）知道保险事故性质、发生原因、时间、地点等基本情况的权利等。我国《保险法》第十条规定：“保险合同是投保人与保险人约定的保险权利义务关系的协议。”据此，直接签订保险合同的主体是保险人与投保人，而不是受益人与保险人。保险人承担保险赔偿的风险代价就是收取保险费，无论投保人是为了他人的利益而订立保险合同，还是为了自己的利益而订立保险合同，都有义务交纳保费，而作为合同中的受益人只享有被保险人

给予的受益权，而无需交纳保费，保险人也无权向受益人追索保险费。在指定了受益人的人身保险合同中，当发生了约定的保险事故（如意外伤害）或被保险人生存至一定年龄（如生存保险），请求保险人支付保险金的权利，当然应由被保险人本人行使，而当发生了使被保险人死亡的保险事故时，请求保险人支付保险金的权利则由受益人行使，尽管受益人不是直接签订保险合同的当事人（也没有交纳任何保费）。保险人应该向受益人而不是其他人给付保险金。如果发生了保险金给付纠纷，受益人可以独立行使诉讼请求权，以原告身份起诉至有管辖权的法院，通过诉讼方式强制保险人支付。

（三）关于受益人请求给付保险金权利的行使，以被保险人死亡时开始的问题。

我国《保险法》第六十五条第一款规定："投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他享有权利的受益人退还保险单的现金价值。"其第二款规定："受益人故意造成被保险人死亡或者伤残的，或者故意杀害被保险人未遂的，丧失受益权。"概括而言，受益人的故意伤害行为或者故意杀人行为均导致受益人的丧失。但笔者认为，仅仅规定这二种行为还远远不够。其他使得被保险人面临的危险程度不正常增加的故意行为。其他使得被保险人面临的危险程度不正常增加的故意行为，特别是故意犯罪行为，均应当导和受益权丧失。具体情况还需要法律作出明确的规定。受益权的丧失还有另外一种情形，那就是受益人放弃受益权的情况。放弃的意思表示应当以明示的方式作出，否则不产生法律后果。保险合同解除也可以导致受益权的丧失。受益权只可能随合同权利义务关系的存续而存续。合同解除，当事人之间权利义务终止，保险事故发生时，保险人没有支付保险金的义务，当然不存在请求支付保险金的问题。如果受益人先于被保险

人死亡，其受益权丧失。如果受益人的行为违背了有关法律规定也将丧失受益权，即无权要求保险人支付保险金，此时保险金作为死者遗产按照《继承法》的规定办理。但此时的继承人是以受益人的身份出现领取保险金的，保险人给付的仍是保险金而非遗产，保险人无权处理保险金，更无权将保险金用来归还被保险人生前的债务。我国《保险法》第六十四条规定："被保险人死亡后，遇有下列情形之一的，保险金作为被保险人遗产，由保险人向被保险人的继承人履行给付保险金的义务：（1）没有指定受益人；（2）受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；（3）受益人依法丧失受益权或放弃受益权，没有其他受益人的。"

（四）关于受益人领取的保险金是依据保险合同的约定取得的，非遗产继承而为的问题受益权与继承权不能等同。受益权是基于人身保险合同而存在、享受保险金的权利。受益权是解决保险金归属问题的法律依据。继承权是继承遗产的权利，根据继承法继承的遗产，是被继承人生前合法所得，只有与被继承人存在继承关系的自然人才享有这种权利。在保险合同已确定受益人的情况下，被保险人死亡后，受益人基于受益权领取的保险金受法律保护，不列为死者的遗产，受益人以外的任何人无权分享受益人领取的保险金。而按我国《继承法》的规定，继承人的遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。继承人有义务以从被继承人处继承的遗产，来偿还被继承人生前所欠债务和税款，而受益人在保险合同中只享受被保险人赠与的受益权，没有义务以所得的保险金来偿还被保险人生前所欠债务和税款。

如前所述，当受益人先于被保险人死亡时，受益权回归被保险人，应由被保险人重新作出安排，受益人的继承人不能继承受益权，不存在代位受益问题，这完全不同于继承法中的继承人先于被继承人死亡，其应继承的份额，由其下一代直系血亲代位继承的规定。

二、关于人身保险合同的成立与生效问题

我国《保险法》第十二条规定："投保人提出保险要求，经保险人同意承保，并就合同的条款达成协议，保险合同成立"。我国《保险法》第十三条规定："保险合同成立后，投保人按照约定支付保险费；保险人按照约定的时间开始承担保险责任"。从这两条规定看，保险合同的成立与生效显然可以不在一个时间点上。我国《保险法》第十五条规定："以死亡给付保险金条件的合同，自成立之日起满2年后，如果被保险人自杀的，保险人可以按照合同给付保险金"。从文字上理解，本条规定对被保险人的自杀给付限制只有一条，即自合同成立起满2年后保险人就可以按照合同给付保险金了，没有考虑到从合同成立到投保人交付保险费或到生效日还有一个选择的余地，若合同在成立两年后才生效，则当保险合同生效的第一天被保险人自杀时，保险人也要按照合同支付保险金。这似乎与《保险法》中众多的限制性条款不吻合。按照惯例，限制条件应是保险合同生效满2年后，被保险人自杀的，保险人才可按约定支付保险金。因此，这一条可以修改为："以死亡给付保险金条件的合同，自合同生效之日起满2年后，如果被保险人自杀的，保险人可以按照合同给付保险金"。

三、关于未成年人的保险问题

（一）孤儿作为被保险人的问题

我国《保险法》第五十四条规定："投保人不得为无民事行为能力人投保以死亡为给付保险金条件的人身保险。保险人也不得承保。父母

为其未成年子女投保的人身保险，不受前款规定限制，但是死亡给付保险金额总和不得超过金融监督管理部门规定的限额”。很显然，未成年人若是孤儿，根据上述规定就无法参加保险，即使是其法定监护人也不能为其购买保险，这样规定似乎太苛刻了一点，与我国《保险法》第五十二条规定的我国人身保险合同的可保利益范围形成了较大的反差。

（二）未成年人能否作为投保人的问题

我国《保险法》第五十五条规定：“以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人书面同意并认可保险金额的，合同无效。父母为其未成年子女投保的人身保险，不受前款规定限制。”由此推定，以死亡为给付保险金条件的人身保险合同主体一方不能是未成年人。但根据我国《民法通则》第十一条规定：“18周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”根据本条规定：16-18周岁，靠自己劳动收入为主要生活来源的公民是可以签订民事合同的，合同依法成立并受法律保护。而我国《保险法》的上述规定却限制了这一类视为有完全民事行为能力人签订合同的主体资格。因此，我国《保险法》只是沿用了以年龄为界限，从生理上可区分的成年与未成年的概念，而忽略了法律所规定的公民的民事权利能力这一概念，应将两者统一起来。

（三）未成年人的保险金额问题

根据我国《保险法》的规定，中国保监会已明确规定父母为其未成年子女投保的人身保险，死亡保险金额总额不得超过人民币5万元。这个规定的出台一是有利于保护未成年人的合法权益，二是有利于控制道德风险，三是有利于促进儿童保险业务的健康发展。但在现实的保险市

场要全面执行这一规定是有一定困难的。如航空人身意外伤害保险不分被保险人的年龄大小，每份的保险金额均为人民币20万元，这是中国保监会制定的全国统一标准。参加保险是自愿的，作为乘客的投保人有选择投保的权利，但保险金额是全国统一的，没有选择的余地，父母为其未成年子女购买了20万元保险金额的航空人身意外伤害保险保单，在出险后，保险人到底应该给付多少呢？看来目前的做法是有矛盾的，至少航空人身意外伤害保险对未成年人作为被保险人的保险金额应与成年人的保险金额有所区别。

四、关于人身保险合同的保险费问题

我国《保险法》第五十六条规定：“投保人于合同成立后，可以向保险人一次支付全部保险费，也可以按照合同约定分期支付保险费。合同约定分期支付保险费的，投保人应当于合同成立时支付首期保险费，并应当按期支付其余各期的保险费。”而我国《保险法》第五十九条又规定：“保险人对人身保险的保险费，不得用诉讼方式要求投保人支付。”这条规定对人寿保险应该是适用的，但对人身意外伤害保险来讲就有问题了。有时，保险人在与投保人订立交纳较大数额保险费的团体意外伤害保险合同时，可能约定允许投保人按期分期交付保险费，然而由于投保人没有履行按期交付保险费的义务，且被保险人发生保险事故，向保险人申请给付时，保险人一是不得从给付的保险金中扣除，二是又不得用诉讼方式要求投保人支付相应的保险费。因此，这只是对保险人的单方制约，没有体现权利与义务对等的原则。

五、关于履行如实告知义务问题

我国《保险法》第十六条规定："订立保险合同，保险人应当向投保人说明保险合同的条款内容，并可以就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问，投保人应当如实告知。投保人故意隐瞒事实、不履行如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除保险合同。投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于保险合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。投保人因过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，保险人对于保险合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但可以退还保险费。"本条规定为防范投保人的道德风险起到了很大的威慑作用，也是保险人在处理人身保险拒付案件时的主要依据之一，但由于种种原因，保险合同双方当事人从要约到承诺直至在保险期间内被保险人发生属拒付的案件后，保险人在处理给付案件中对把握投保人是否真正履行如实告知义务的事实有相当的难度，尤其对故意或过失不履行如实告知义务的判断结果直接关系到保险合同双方当事人及关系人的利益。本条规定只对投保人在订立合同时作出了要履行如实告知义务的明确要求，而在现实的寿险实务中普遍存在的保单失效后，投保人申请复效的，虽然保险人在审核投保人复效申请时会按核保规定的程序进行办理，但不排除其有故意或过失不履行如实告知义务的情节发生，可是，我国《保险法》在寿险保单的复效中，对投保人履行如实告知义务没有作出明确的要求，这就会导致保险人在处理相关实务时难以运用《保险法》来维护自身的合法权益。

六、关于保险合同的无效的原因问题

同WTO成员国的保险合同的无效制度相比，我国保险合同的无效制度不很完善，特别是我国《保险法》对保险合同的无效的原因同WTO成员国的保险法相差很远。WTO成员国的保险立法中关于保险合

同的无效原因的主要情形表现在：

1．无保险利益的保险合同。

保险利益构成保险合同的效力要件，对于保险合同的效力具有基础性评价意义。[注]各国法律都把保险利益作为保险合同生效的条件，投保人或被保险人对保险标的应当具有保险利益，不具有保险利益的，保险合同无效。如英国的《人寿保险法》规定：“人寿保险的投保人与被保险人之间必须具有保险利益，否则保险合同无效。”《意大利民法典》规定：“在保险应当开始时，如果被保险人对损害赔偿不存在保险利益，则该损害保险契约无效。”其要求在保险合同开始后，被保险人对保险标的具有保险利益。而我国澳门地区商法典却要求订立保险合同时，被保险人对保险标的具有保险利益。该法第995条规定：“损害保险合同，如订立时被保险人对损害赔偿无保险利益，则无效。”从以上规定来看，保险利益构成保险合同的效力要件，缺少这个要件，保险合同无效。一般来说，这个要件包括三个内容：其一，投保人必须对保险标的具有保险利益，否则不能投保；其二，投保人或被保险人须与保险契约有效期间内维持保险利益，否则保险契约失效；其三，保险事故发生时原则上应有保险利益，否则不能提出索赔。[注]然而，我国《保险法》对此规定不很完善，根据《保险法》第十一条第一款“投保人对保险标的应当具有保险利益。投保人对保险标的不具有保险利益的，保险合同无效”的规定来看，显然，它只是明确规定投保人投保时对保险标的应当具有保险利益，而没有规定被保险人在保险效力期间应当对保险标的具有保险利益。依保险法理，投保人在订立保险合同时，应当对保险标的具有保险利益，在保险合同成立后，由于被保险人依照保险合同享有权益，因此，在保险合同的效力期间内，被保险人对保险标的应当具有保险利益。否则，如果发生损害时，被保险人对保险标的不具有保险利益，而又获得保险给付，属于民法上的不当得利。而且，否认被保险人对保险标的应当具有保险利益，这也与填补损害的保险理念相背离。因

此，有学者认为，出险时，被保险人是否具有保险利益是判断保险合同的效力的最关键的问题。(注)可见，我国《保险法》应当规定，在保险效力期间，如果被保险人对损害赔偿不存在保险利益，则该保险合同无效。

2．危险不存在的保险合同。

危险是保险的第一要素。“无危险即无保险”。对此，世界各国保险立法均有明确规定。归纳起来有两种立法例，一种以意大利和我国澳门地区等为典型，规定保险合同只要不存在危险，保险合同就无效。如《意大利民法典》第1895条规定：“如果风险从未存在过或者契约缔结前危险已不再存在，则契约无效。”《澳门商法典》第976条第一款规定：“如订立合同时危险已不再存在或保险事故已经发生，保险合同无效。”另一种以日本和我国台湾地区等为典型，赋予当事人以“不知情权”，也就是说，客观上危险已经发生或危险已经不存在，但双方当事人主观上都不知道危险不存在或已经发生，则保险合同仍为有效。如《日本商法典》第642条规定：“在订立保险契约的当时，当事人一方或被保险人已经知道危险（事故）不会发生或已经发生时，该保险契约无效。”我国台湾地区保险法第51条就明确规定：“保险契约订立时，保险的危险已经发生或已消灭者，其契约无效；但为双方当事人所不知者，不在此限。”从上述两种立法例来看，第二种立法例显然有其优点，给予当事人以不知情权，体现了法律的公正。我国《保险法》对此没有明文规定，在再次修改《保险法》时应当明确规定，在订立保险合同时，当事人一方或被保险人已经知道危险不会发生或已经发生时，该保险契约无效。

3．恶意复保险的保险合同。

复保险又叫重复保险，是指投保人对同一保险标的，同一保险利

益，同一保险事故与数个保险人分别订立数个保险合同的行为。从复保险的概念可以看出，在复保险里，一方为“同一投保人，”另一方为“数个保险人”，同一投保人与数个保险人之间，并存着数个保险合同，在危险发生时，分别向数个保险人请求理赔，因此，极易发生道德风险，并极有可能产生超额理赔现象。世界各国保险法因此对复保险都有严格的法律规定，都要求投保人应将复保险的有关情况通知各保险人。投保人如果故意不为通知义务，则构成恶意复保险，且各保险合同无效。我国台湾地区保险法第36条规定：“除另有约定外，在复保险情形时，投保人应将他保险人的名称及保险金额通知各保险人。”第37条规定：“要保人故意不为前条之通知或意图正当得利而为复保险者，其契约无效。”而我国《保险法》未区分复保险的恶意和善意，只是规定，如果出现投保人恶意复保险时，没有履行其如实告知义务而违约，保险人有权解除合同或拒绝赔偿。显然，这种规定是很模糊不清的，应当根据投保人签订复保险时的主观心理状态来确定复保险的法律效力，凡是投保人出于恶意，以骗取保险金为目的而订立的保险合同，应归于无效。

4. 恶意超额保险的保险合同。

所谓超额保险，就是保险合同所约定的保险金额大于保险价值的保险。当事人在签订保险合同时，保险金额和保险价值总是会出现不一致的情况。保险金额大于保险标的的价值，其超过部分是否有效，各国立法不尽一致。以德国、法国、瑞士等为代表的国家规定，如出于投保人为不法得利之目的，其契约全部无效；否则，超过部分为当然无效。如《德国保险法》第51第第3项规定，若投保人从超额保险中获取不法的金钱利益，保险合同无效。以日本和我国为代表的国家规定，无论投保人出于善意或恶意，保险契约的超过部分无效。如《日本商法》第631条规定，保险金额超过保险合同标的价值时，就其超过部分，保险合同无效。以我国台湾地区为代表规定，如超额保险出于善意所致的，则其超过部分无效。如中国台湾地区保险法规定：“保险金额超过保险标的

价值而有诈欺的情况，除定值保险外，超过价值的部分也应属于无效。”

超额保险应依当事人对于超额保险的产生是否具有恶意而论其结果。对于善意的超额保险，为防止被保险人不当得利的可能，超过的部分应属于无效。而恶意的超额保险，由于是当事人的诈欺行为所致，因此，我们可以适用民法的“解除合同”的理论，赋予保险人损害赔偿请求权和解除合同权，以防止当事人因欺诈行为而获取高额的不当得利的情况的发生。

主要参考文献：

[1] 王保数、朱慈蕴：《商法》，当代世界出版社2004年版。

[2] [美]斯蒂格利茨：《经济学（第二版）》上册，中国人民大学出版社2001年版。

[3] 邹海林：《保险法》，人民法院出版社1998年版。

[4] 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2003年版。

[5] 花广林：《论保险诈骗罪》，载《中国刑事法杂志》2003年第2期

（原载于贾林清、许涛主编：《保险法修改研讨专辑：海商法保险法评论（第2卷）》，知识产权出版社2007年8月第1版。）

---

1. 覃有土：《保险法概论》，北京大学出版社2001年版，第140页。
2. 庄咏文：《保险法教程》，法律出版社1986年版，第63页。
3. 辛君：《减少风险还是增加风险——财产保险的保险利益原则》，载《金融法苑》2000年第11期。

浅析新《保险法》的特点

一、修订《保险法》的背景

2009年2月28日，十一届全国人大常委会第七次会议表决通过了新修订的《保险法》。新修订的《保险法》更强调保护投保人、被保险人的合法权益。新《保险法》与现行《保险法》相比，改动一百多处，在历次法律修改中，可以算得上改动幅度较大的一次。中国《保险法》是1995年颁布的，在2002年为履行加入世贸组织承诺，对与WTO规则冲突部分曾作过修改。在这十多年里，我国保险市场发展迅速，无论是保险业的内部环境还是外部环境均经历了巨大变化，特别是由于保险公司已成为商业组织，盈利乃其基本目标，而目前《保险法》对保险资金投资范围限制过窄，导致保险资金在商业上难以延续。同时，随着保险市场深入发展，违法违规行为和种类逐渐增多，依照目前法律赋予保险监管机构的权力，对于保险市场的有效监管越来越力不从心，有必要增强其监管职能。此外，市场主体及业务类型本身已经发生了很大变化，现行《保险法》规定的保险机构组织形式已难以满足需要。同时，随着医疗体制的改革，养老基金的完善，保险公司除了传统保险业务外，亦早已陆续开展了企业补充保险受托管理、农民养老保险、新型农村合作医疗制度改革试点等业务内容，这些业务亦有待纳入新的《保险法》中进行规范。全国人大常委会便以这次全球金融危机为契机，汲取国际、国内的经验教训，对现行《保险法》作出了重大修订，乃顺应时代发展对保险行业做出的重大战略性调整。

二、修订《保险法》的主要内容

这次共修改了原《保险法》中的33个条文，把其中的两条合并为一条，另外增加了6个条文，使《保险法》从原来的152条增加到158条。归纳起来，这次的修改内容主要集中在以下一些方面：1.修改了保险条款费率管理的有关规定，取消了由监管部门制定条款费率的规定；2.扩大了财产保险公司的业务范围，将短期健康保险和意外伤害保险列为产、寿险公司都可以经营的险种；3.突出了有关偿付能力监管的规定，授权监管机构制订相关的具体办法；4.修改和完善了保险中介尤其是保险代理人代理行为方面的有关规定；5.对保险资金运用的禁止性规定作了适当修改；6.增加规定了保险监管机构对保险公司在金融机构存款的查询权；7.修改了罚则部分，增加了对保险违法行为的处罚手段，加大了惩治力度。8.取消了法定再保险。

三、新《保险法》的特点

（一）提高从事保险行业的门槛，放宽保险行业业务范围

1.保险资金获准投资不动产

现行《保险法》对保险资金的使用限制严格，基本上限于银行存款、政府债券、金融债券等，只有极少的部分资金可以进入资本市场运作，导致保险资金难以有效扩大资金规模及收益。新《保险法》除允许保险资金可以买卖债券、股票、证券投资基金外，还允许投资不动产以

及国务院规定的其他资金运用形式。拓宽保险资金投资渠道的呼吁由来已久，无论起草时立法者的意图如何，在当前情况下进行修改实际上拓宽了保险资金的投资渠道，特别有助于恢复目前尚不景气的房地产市场。过去一段时间，由于银行放贷迟缓、要求提升，房地产企业面临融资困难，严重影响了房地产市场的健康发展，甚至许多大型房地产市场都面临还款困难的局面，更谈不上扩大发展。而保险资金获准进入不动产领域，不但使房地产市场多了一块融资渠道，也令保险资金增加了一项投资措施，对于房地产市场及保险业都将导致双赢。这对于扩大内需，继续带动我国经济增长具有一定的促进作用。此外，除房地产市场或将获益，对基础设施的建设，包括道路设施、交通设备等所涉及到的不动产领域都将带来显著影响。

2.股东不得利用关联交易损害公司利益，否则将承担责任

根据新《保险法》的规定，保监会应当建立健全保险公司偿付能力监管体系，对保险公司的偿付能力实施监控。对偿付能力不足的保险公司，保监会应当将其列为重点监管对象，并可以采取多种措施实施监管。最近几年，保监会花了很大的努力监督保险公司内关联方的交易，保监会要求外商投资保险公司及国内保险公司对有关关联方交易时应当分别采取批准和备案程序。新《保险法》将这一做法保留了下来，并将对关联方交易的监管提升到了法律水平。在新《保险法》里，若保险公司的股东利用关联交易严重损害公司利益，危及公司偿付能力的，由保险监督管理机构责令改正，拒不改正的，可责令其转让所持的保险公司股权。

3.主要股东净资产不得低于**2**亿元人民币

新《保险法》规定，作为保险公司的主要股东，必须满足持续盈利

能力并在最近三年内无重大违法违规记录，净资产不低于人民币2亿元。然而，新《保险法》并未对“主要股东”的范围作出具体规定。由于现行的《外资保险公司管理条例》已经对申请设立外资保险公司的外国保险公司规定了具体的资格条件，新《保险法》所规定的主要股东是否包括外国保险公司，有待有关的实施细则出台。由于主要股东对保险公司的管理模式、经营的安全性和合法性影响甚大，而保险监督公司的市场准入是一种注重专业性和技术性的行政审批，监管机构不仅对公司的股东、组织架构、公司治理等方面进行审核，还需对险种、费率等方面进行评估。因此大部分国家的法律都赋予保险监督管理机构根据审慎监管原则，对保险公司主要股东的资质进行审查。本次修改主要涉及了提高主要股东的资格条件，目的在于进一步提高保险公司及其高管人员素质，确保保险公司的从业质量，提升整个保险业的整体水平，限制不符合资格条件的投资者进入该行业，提高保险业的专业性。

4.取消境内优先分保限制

根据现行《保险法》的规定，保险公司需要办理再保险分出业务的，应当优先向中国境内的保险公司办理；保险监管机构有权限制或禁止保险公司向中国境外的保险公司办理再保险分出业务或者接受中国境外再保险分入业务。中国作为世贸组织成员国应当遵守国民待遇的原则，因此现行《保险法》关于境内优先分保的条款与入世承诺不符，在此次修订中删除了该等规定。可是，由于目前国内基本无中资背景的再保险商，反倒境外再保险商早已跃跃欲试，因此，此次境内优先分保的规定取消后，将会有出现境外保险机构大量涌入的现象，使得中国国内保险机构的再保险服务形势将更为严峻，此一点应当引起中国保险业的高度重视。

5.支持养老医保改革

现行的《保险法》规定的业务范围仅限于人身保险、财产保险以及再保险。为服务中国社会保险、养老保险和医疗保险体制改革的需要，新《保险法》规定，除可以经营人身保险、财产保险外，经保监会批准还可经营与保险有关的其他业务，并删除了保险公司不得兼营法律、行政法规规定以外的业务的禁止性规定。扩大保险公司的业务范围，目的是扩展保险公司提供服务的灵活性。由于一方面保险业监管部门权限加强了，从业者的专业性提高了，那么在符合条件的情况下增加从业者的业务范围，更有助于提升保险业的活力。

（二）加强了对于保险企业的监管力度

与现行《保险法》相比，修订后的《保险法》对监管手段和措施的授权有不少增加。例如，新《保险法》规定，对偿付能力不足的保险公司，监督管理机构可以限制其资金运用的形式、比例，限制其董事、监事、高级管理人员的薪酬水平，责令其拍卖不良资产、转让保险业务等。此外，保险公司在整顿、接管、撤销清算期间，或出现重大风险时，监督管理机构可对该公司直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员采取以下措施：通知出境管理机关依法阻止其出境，申请司法机关禁止其转移、转让或以其他方式处分财产，或在财产上设定其他权利。根据修订后的保险法，保险监督管理机构还可对保险公司、保险代理人、保险经纪人、保险资产管理公司、外国保险机构的代表机构进行现场检查，或者进入涉嫌违法行为发生场所调查取证等。

新《保险法》对偿付能力监管也进行了修改和完善。新《保险法》首先总括规定，监管机构应当建立健全保险公司偿付能力监管体系，对保险公司的偿付能力实施监控。而有关具体规定方面，如将原《保险法》的“保险公司应当具有与其业务规模相适应的最低偿付能力”，修改为“保险公司应当具有与其业务规模和风险程度相适应的最低偿付能力”。将原“规定保险公司的实际资产减去实际负债的差额不得低于保险

监督管理机构规定的数额”，修改为“认可资产减去认可负债的差额不得低于国务院保险监督管理机构规定的数额”。

同时，新《保险法》明确规定：对偿付能力不足的保险公司，监管机构应当将其列为重点监管对象，并可以根据具体情况采取责令增加资本金、办理再保险，限制业务范围，限制固定资产购置或者经营费用规模，限制资金运用的形式或者比例，限制增设分支机构，限制董事、监事、高级管理人员的薪酬水平，责令拍卖不良资产、转让保险业务等监管措施。对于偿付能力严重不足的保险公司，监管机构可以依法对该保险公司实行接管，这也是首次纳入《保险法》的内容。

（三）进一步保证投保人的权益

1.旧保单有望适用新法

新《保险法》实施后，旧保单客户能否适用新法？这是旧保单客户罪担心的问题。按照法律不溯及既往的原则，新法实施后，对新法实施之前的行为不得适用新法，只能沿用旧法。不过，针对长期寿险合同的被保险人，保监会将与相关部门协调，旧保单有望适用新法。因此，新法实施之日起，应该对所有的合同都产生法律效力。以投保人未如实告知为例，保险公司两年之后不得解除合同，如果从合同成立之日起，就是法律溯及既往，违背了法律的“不溯及既往”的基本原则，加重了保险人的负担。因此，从10月1日法律实施之日起算，两年之后不得解除合同。其他的条款也都应从10月1日起算。

2.新增不可抗辩规则

新《保险法》借鉴了英美法条，增设了不可抗辩规则。新《保险法》设立了保险合同“不可抗辩”条款，填补了现行《保险法》的空白。

根据新《保险法》的规定，当投保人故意或因重大过失未履行如实告知义务，足以影响保险公司决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险公司有权解除合同。但为了防止保险公司滥用该解除权，新《保险法》对合同解除权的期限加以了限制，规定合同解除权“自保险人知道有解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭”。同时规定，“自合同成立之日起超过二年的，保险人不得解除合同”。此规则对于长期人寿保险合同项下的被保险人利益的保护意义重大，填补了现行保险法的空白。比如，如果客户故意隐瞒患癌症的经历，投保了健康险，结果两年后出险身故，其家人向保险公司进行索赔。保险公司派出专人到保户所在地的医院调查，结果发现他投保前有多次治病经历。由于客户未履行如实告知义务，保险公司依法拒绝赔付。这种情况在新《保险法》实施后，保险公司要赔付，因为合同成立已经满两年，“保险公司不得再以该投保人未履行如实告知义务解除合同”。

3.保险公司必须在规定时间内做出理赔

新《保险法》第二十三条规定，保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后，应当及时做出核定。对属于保险责任的，在与被保险人或者受益人达成赔偿或者给付保险金的协议后十日内，履行赔偿或者给付保险金义务。第二十四条规定，保险人对不属于保险责任的，应当自作出核定之日起三日内向被保险人或者受益人发出拒绝赔偿或者拒绝给付保险金通知书，并说明理由。从保险业的实践中看，各家保险公司在理赔时间方面的规定不一致，没有具体的时间限制。客户理赔时可能因为一些小毛病而被延误。新《保险法》实施后，保险公司必须一次性告知投保人需要哪些材料，并在规定时间内做出赔偿。如果超出规定期限，保户可以依法向监管部门投诉。

4.在特殊情况下也能获赔

新《保险法》第四十三条规定，投保人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他权利人退还保险单的现金价值。受益人故意造成被保险人死亡、伤残、疾病的，或者故意杀害被保险人未遂的，该受益人丧失受益权。此外，受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的，推定受益人死亡在先，被保险人死亡在后。根据新《保险法》的规定，如果受益人故意杀害被保险人，实施非法行为的受益人丧失受益权，但保险人同样承担保险责任，保险金赔偿将作为被保险人遗产，由被保险人的继承人继承。

5.财产转让以后保险合同仍然有效

新《保险法》第四十九条规定，保险标的转让的，受让人承继被保险人的权利和义务。保险标的转让的，被保险人或者受让人应当及时通知保险人。因保险标的转让导致危险程度显著增加的，保险人自收到前款规定的通知之日起三十日内，可以按照合同约定增加保险费或者解除合同。保险人解除合同的，应当将已收取的保险费，按照合同约定扣除自保险责任开始之日起至合同解除之日止应收的部分后，退还投保人。被保险人、受让人未履行本条第二款规定的通知义务的，因转让导致保险标的危险程度显著增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿保险金的责任。新《保险法》明确规定受让人享有保险权益，只要原被保险人尽通知义务，转让后的保险标的保险公司依然承担责任，可以大大节省保险公司成本，被保险人也省去不少麻烦。

6.保险合同的“格式条款”必须提示

新《保险法》第十七条规定，订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。对保险合同中免除保险人责任的条款，保险

人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。在实践中，由于保险合同多为格式条款，客户没有仔细阅读，有些保险代理人故意宣传保险产品好的一面，而将免责条款一笔带过，误导许多保户，出险后产生许多纠纷。新《保险法》要求保险人对合同应当履行全部说明义务，向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人对保险合同中免除其责任的条款应做出提示。

（四）体现了对被保险人的保护

长期以来，当保险标的发生转让时（例如二手车买卖），受让人能否享受原保险合同的保障，有不同理解，一直存在争议，有的认为这一规定过于烦琐，增加社会成本。新《保险法》借鉴国外相关立法，将受让人继受取得保险合同的权利义务作为一般原则，明确规定：保险标的转移后，受让人承继被保险人的权利和义务，同时对被保险人设定通知义务。这个制度设计，逻辑清楚，平衡各方关系，尊重契约自由和特别法规定，也减少了社会成本。

（五）体现了对于人身保险方面的保障

这封面主要表现在：

1.原《保险法》规定，在受益人故意造成被保险人死亡伤残或者疾病时，保险人不承担给付保险金责任。这对于无辜的被保险人不公平，新《保险法》对此予以进一步的修改完善，规定此种情形下，实施非法行为的受益人丧失受益权，但保险人不因此免除保险责任，被保险人的利益仍然受到保护。

2.为避免现实中某些企业投保人利用团体保险获取非法利益的现象，新《保险法》扩大了人身保险利益的范围，规定投保人对与其具有劳动关系的劳动者有保险利益，可以为其投保，同时规定，此种情形下，保险合同不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人。从限制受益人指定范围角度，维护劳动者等被保险人的利益。

3.原《保险法》没有规定被保险人与受益人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序时如何处理，新《保险法》弥补了这部分的立法空白，规定在上述情况发生后，推定受益人死亡在先，被保险人死亡在后。

总之，经过这次修订，新《保险法》在整体上主要体现了加强监管、提高准入资质、拓宽资金利用渠道、扩大业务范围的原则和思路。新《保险法》实施后，中国保险业的市场准入将更加符合国际标准，那些不符合资格条件的投资者将被限制在门槛之外，使得我国保险业的整体水平更上一个台阶。随着保险资金可投资于不动产领域，保险业的投资活动会频繁增加，其力度也会随之加大，从而直接或间接地促进一部分房地产市场的发展。但同时，由于保监会职能增加，对于保险公司的各种监管将会比目前频繁、复杂，对于保险公司的经营方式和管理人员的职业素养也提出了更高的要求。而如何平衡好职能机构的监管活动和保险公司的自治经营将是摆在国保险监督管理机构前的一道不小的难题。

这次《保险法》的修改是一次比较全面和系统的修改，因此，新《保险法》生效以后，涉及到相当多的规章需要进行修改和调整，如一些关于产品的审批办法、条件和原则，还有大量的监管制度和规章，以及行政处罚规定等都需要修改，例如《保险公司管理办法》，如对保险公司高管的有关规定等等。由于新《保险法》中给保险资金的投资范围新增加了房产、土地和基础设施等不动产领域。因此，一些相关的政策法规及实施细则还需要保监会的相关部门在做进一步的研究后，制定出切实可行的、与新《保险法》相配套的法规与规章。

（原载于贾林青主编：《海商法保险法评论（第3卷）——新＜保险法＞解读与适用研讨》，知识产权出版社2010年1月第1版。）

论中国金融机构破产制度的构建

一、我国金融机构的类型

金融机构是我国企业的重要组成部分。其是指：依据有关法律设立的、从事某种具体金融业务的企业机构。金融机构按其经营业务分为若干不同的类别，国家按照这些分类分别制定有若干不同的法律。依据不同的法律与业务，金融机构分别包括以下类型：

（一）商业银行

商业银行，即依据《商业银行法》和《公司法》设立的，从事吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。设立商业银行必须具备法定条件，并经银行业监管机构批准。根据我国《商业银行法》的规定，商业银行经营的业务包括：（1）吸收公众存款；（2）发放短期、中期和长期贷款；（3）办理国内外结算；（4）办理票据承兑与贴现；（5）发行金融债券；（6）代理发行、代理兑付、承销政府债券；（7）买卖政府债券、金融债券；（8）从事同业拆借；（9）买卖、代理买卖外汇；（10）从事银行卡业务；（11）提供信用证服务及担保；（12）代理收付款项及代理保险业务；（13）提供保管箱服务；（14）经国务院银行业监督管理机构批准的其他业务。商业银行的经营范围由其章程规定，报国务院银行业监督管理机构批准。

（二）证券公司

证券公司，即依据《公司法》、《证券法》规定设立的经营证券业务的有限责任公司或者股份有限公司。设立证券公司，应当具备有符合法律、行政法规规定的公司章程；主要股东具有持续盈利能力，信誉良好，最近3年无重大违法违规记录，净资产不低于人民币2亿元；有符合本法规定的注册资本；董事、监事、高级管理人员具备任职资格，从业人员具有证券从业资格；有完善的风险管理与内部控制制度；有合格的经营场所和业务设施；法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。经国务院证券监管机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：（1）证券经纪；（2）证券投资咨询；（3）与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；（4）证券承销与保荐；（5）证券自营；（6）证券资产管理等证券业务。证券公司经营第（1）—（3）项业务的，注册资本最低限额为人民币5000万元；经营其他几项业务之一的，注册资本最低限额为人民币1亿元；经营后几项业务中两项以上的，注册资本最低限额为人民币5亿元。证券公司的注册资本应当是实缴资本。证券公司设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有5%以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、分立、变更公司形式、停业、解散、破产，必须经国务院证券监督管理机构批准。

（三）保险公司

保险公司，即依据《保险法》和《公司法》设立的从事商业保险经营业务的企业法人。保险公司采取下列组织形式：股份有限公司；国有独资公司。设立保险公司，应当具备下列条件，并经金融监督管理部门批准：（1）有符合《保险法》和《公司法》规定的章程；（2）有符合《保险法》规定的注册资本最低限额；（3）有具备任职专业知识和业

务工作经验的高级管理人员；（4）有健全的组织机构和管理制度；（5）有符合要求的营业场所和与业务有关的其他设施。设立保险公司，其注册资本的最低限额为人民币2亿元。保险公司注册资本最低限额必须为实缴货币资本。根据《保险法》的规定，保险公司经营的业务包括财产保险业务，含财产损失保险、责任保险、信用保险等；人身保险业务，含人寿保险、健康保险、意外伤害保险等。

（四）信托投资公司

信托投资公司，即依据《公司法》与《信托投资公司管理办法》设立的从事信托经营的企业组织。设立信托投资公司，应当采取有限责任公司或者股份有限公司的形式，经中国人民银行批准，并领取《信托机构法人许可证》。信托投资公司的设立应当具备下列条件：（1）有符合《公司法》和中国人民银行规定的公司章程；（2）有具备中国人民银行（现为银行业监管机构）规定的入股资格的股东；（3）具有《信托投资公司管理办法》规定的最低限额的注册资本；（4）有具备中国人民银行规定任职资格的高级管理人员和与其业务相适应的信托从业人员；（5）具有健全的组织机构、信托业务操作规则和风险控制制度；（6）有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施；（7）中国人民银行规定的其他条件。信托投资公司的注册资本不得低于人民币3亿元。经营外汇业务的信托投资公司，其注册资本中应包括不少于等值1500万美元的外汇。信托投资公司有下列情形之一的，应当经中国人民银行批准：（1）变更名称；（2）变更注册资本金；（3）变更公司住所；（4）改变组织形式；（5）调整业务范围；（6）更换高级管理人员；（7）变更股东或者调整股权结构，但持有上市股份公司流通股份未达到公司总股份10%的除外；（8）修改公司章程；（9）合并或者分立；（10）中国人民银行规定的其他变更事项。信托投资公司因分立、合并或者公司章程规定的解散事由出现，申请解散的，经中国人民银行批准后解散，并依法组织清算组进行清算。

（五）证券投资基金管理公司

证券投资基金管理公司，即依据《证券投资基金法》和《公司法》设立的从事证券投资基金管理业务的企业法人。根据《证券投资基金法》的规定，设立基金管理公司，应当具备下列条件并经国务院证券监督管理机构批准：（1）有符合本法和公司法规定的章程；（2）注册资本不低于1亿元人民币，且必须为实缴货币资本；（3）主要股东具有从事证券经营、证券投资咨询、信托资产管理或者其他金融资产管理的较好的经营业绩和良好的社会信誉，最近3年没有违法记录，注册资本不低于3亿元人民币；（4）取得基金从业资格的人员达到法定人数；（5）有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金管理业务有关的其他设施；（6）有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度，以及法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。基金管理公司设立分支机构、修改章程或者变更其他重大事项，应当报经国务院证券监督管理机构批准。此外，金融机构还包括其他一些依法设立的机构类别，如金融资产管理公司、有关财务公司、金融租赁公司、典当公司、期货经纪公司等。

二、金融机构破产的特点

金融机构属于企业，要从事投资经营活动，而只要从事投资经营，就可能存在风险与关闭破产的情形。在计划经济条件下，我们的银行、金融机构被视为事业单位，所从事的活动均有国家信用做担保，基本不存在关闭破产问题。在改革开放过程中，一些商业银行或其他金融机构从事高风险经营，累积了不少呆、坏账，为了保护客户与投资者的利益，维护国有商业银行等金融机构的信誉，国家对这类机构也采取了由国家注入资金或由国家责令其关闭，由此造成的损失由国家负责处理的

做法，基本保证了自然人客户的利益和外国投资者利益。但实行社会主义市场经济体制以后，这类机构已成为完全独立的经营企业，国家既不应当，也无能力再承担所有这类机构的经营风险。故其在经营中因管理不善，由于市场变化而产生不能支付到期债务情形的，就需要按市场经济的规律进行关闭破产，依法进行债权债务清理。

金融机构虽然属于企业，但它们的财产和经营与一般的企业有较大的不同，这就决定了它们的破产也不能完全等同于一般企业。

（一）金融机构的破产清算财产的范围与他们管理的客户财产是相互分立，不得混淆的金融机构因其机构特点，多要以客户的资产进行投资经营，故它们负责管理与经营的财产往往是由自有财产与客户财产两部分构成。为了保证客户资产的安全，它们必须把自己的财产与客户的财产相分离。法律对此也提出了严格的要求。

1、《商业银行法》的规定

我国《商业银行法》第3条规定，商业银行经营业务的第一项，即为吸收公众存款，即吸引储户将他们暂时不用的资金存入银行，它吸收的这种存款即为客户资金。该法第29条规定，商业银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则；第33条规定，商业银行应当保证存款本金和利息的支付，不得拖延、拒绝支付存款本金和利息。该法第73条还规定，商业银行因无故拖延、拒绝支付存款本金和利息的行为，对存款人或者其他客户造成财产损害的，应当承担支付迟延履行的利息以及其他民事责任。可见，商业银行所吸收的存款属于客户资金，这种资金存入银行后由银行管理，但这种资金与商业银行的自有资本却不能混为一谈。商业银行必须保证对储户存款本金和利息的安全和及时足额支付。

2、《证券法》的规定

我国《证券法》第136条规定，证券公司应当建立健全内部控制制度，采取有效隔离措施，防范公司与客户之间、不同客户之间的利益冲突。证券公司必须将其证券经纪业务、证券承销业务、证券自营业务和证券资产管理业务分开办理，不得混合操作。第137条规定，证券公司的自营业务必须以自己的名义进行，不得假借他人名义或者以个人名义进行。证券公司的自营业务必须使用自有资金和依法筹集的资金。第139条第2款规定，证券公司不得将客户的交易结算资金和证券归入其自有财产。禁止任何单位或者个人以任何形式挪用客户的交易结算资金和证券。证券公司破产或者清算时，客户的交易结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产。非因客户本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户的交易结算资金和证券。证券公司应当建立健全内部控制制度，采取有效隔离措施，防范公司与客户之间、不同客户之间的利益冲突。证券公司必须将其证券经纪业务、证券承销业务、证券自营业务和证券资产管理业务分开办理，不得混合操作。

3、《证券投资基金法》的规定

我国《证券投资基金法》第6条规定，基金财产独立于基金管理人、基金托管人的国有财产。基金管理人、基金托管人不得将基金财产归入其国有财产。基金管理人、基金托管人因基金财产的管理、运用或者其他情形而取得的财产和收益，归入基金财产。基金管理人、基金托管人因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产等原因进行清算的，基金财产不属于其清算财产。该法第7条规定，基金财产的债权，不得与基金管理人、基金托管人国有财产的债务相抵销；不同基金财产的债权债务，不得相互抵消；第8条规定，非因基金财产本身承担的债务，不得对基金财产强制执行。

4、《信托投资公司管理办法》的规定

经国务院批准，中国人民银行依据《信托法》发布的《信托投资公司管理办法》第5条规定，本办法所称信托财产，是指信托投资公司因承诺信托而取得的财产。信托投资公司因信托财产的管理、运用、处分或者其他情形而取得的财产，也归入信托财产。信托财产不属于信托投资公司的国有财产，也不属于信托投资公司对受益人的负债。第35条规定，信托投资公司应当将信托财产与其国有财产分别管理、分别记账，并将不同委托人的信托财产分别管理、分别记账。

以上法律法规的规定表明，金融机构自有的财产与它们管理的客户的财产是完全两种不同性质的财产，不得随意混淆，更不得将客户的财产划为金融机构破产清算财产的范围之内。

（二）金融机构虽然是以客户的资产进行投资或其他经营活动，但是，必须有严格的法律限制

金融机构在其经营活动中要履行恪尽职守、诚信等职责。根据有关金融法律与金融机构章程的规定，这类机构设立及开展相关业务，往往都要以客户资金来进行，商业银行吸收存款，要将吸收的存款在做必要扣除后，用以发放贷款。信托投资机构接受信托，要以信托资金去从事投资经营活动。保险公司接受投保，要以保险金保护投保人的利益，并以此资金中暂时不用部分从事相关的投资经营活动等。证券投资基金管理公司作为基金管理人，募集基金也是要以这种基金去从事证券投资活动，以其收益回报投资者。

但是，有鉴于金融机构的特殊性，我国《证券投资基金法》第20条要求，基金管理人不得有下列行为：将其国有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资；不公平地对待其管理的不同基金财产；利用基金财产为基金份额持有人以外的第三人牟取利益；向基金份额持有人违

规承诺收益或者承担损失；依照法律、行政法规有关规定，由国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。该法第29条规定，基金托管人应当履行下列职责：安全保管基金财产；按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项；对基金财务会计报告、中期和年度基金报告出具意见；复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格；按照规定召集基金份额持有人大会；按照规定监督基金管理人的投资运作。

《信托投资公司管理办法》第8条规定，信托投资公司管理或者处分信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务；第31条规定，信托投资公司经营信托业务，不得有下列行为：利用受托人地位谋取不当利益；将信托财产挪用于非信托目的的用途；承诺信托财产不受损失或者保证最低收益；以信托财产提供担保；将信托资金投资于自己或者关系人发行的有价证券；将信托资金贷放给自己或者关系人；将不同信托账户下的信托财产进行相互交易；以国有财产与信托财产进行相互交易；法律、行政法规和中国人民银行禁止的其他行为。

（三）金融机构关闭破产时应以自有的财产清偿债务

由于金融机构的自有财产与它们所管理的客户资产彼此独立，故在这类机构破产时，应以它们自有的财产清偿债务，或者在进行清算时，应优先偿付客户的财产。对此，我国《商业银行法》第71条规定，商业银行不能支付到期债务，经国务院银行业监督管理机构同意，由人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织国务院银行业监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。商业

银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。

《信托投资公司管理办法》规定，信托投资公司终止时，信托财产不属于其清算财产。信托不因信托投资公司依法解散、被宣告破产或者被依法撤销而终止，也不因信托投资公司的辞任而终止，但法律或者信托文件另有规定的除外；第41条规定，信托投资公司终止时，其管理信托事务的职责同时终止。清算组应当妥善保管信托财产，作出处理信托事务的报告并向新受托人办理信托财产的移交，但信托文件另有规定的，从其规定。

（四）金融机构破产时如果客户财产已受到损失，应当予以赔偿

由于金融机构的经营在许多场合下要由客户的资金去进行投资，一旦投资或经营失败，即会使客户的财产受到损失，故当它因经营失败需要破产时，对客户的资产即不能全额归还。国外对此的做法，往往是通过投保或者建立基金的方式加以解决。一旦这类企业破产，即由保险公司或基金机构负责依据保险等约定进行相应赔偿。

除上述以外，金融机构有的还因为涉及的客户较多而影响较大，如对这类机构的破产处理不妥，即可能引起巨大的社会动荡和不稳定。为此，一些法律规定对这类机构的破产，有的规定要进行审批；有的规定要进行必要的接管措施等，以防止由此造成社会不稳定等问题。

总之，金融机构破产与其他企业破产具有诸多不同的特点，它不仅关系到金融机构客户的利益，甚至关乎社会的稳定，因此，在规制金融机构破产时，应当时刻关注其固有的特点，不可轻易地将其与其他企业的破产混为一谈。

三、我国现行法律对金融机构破产的规定

由于处在体制转轨过程中，我国对于金融机构破产问题持积极而又慎重的态度。从总的方面来看，对金融机构破产贯彻了市场经济的原则，实行优胜劣汰，经营不善，不能清偿到期债务，即要依法进行破产关闭。但就具体操作来说，因这类企业机构的破产关系重大，既影响到客户的利益保护，又关系到整个社会金融与经济稳定，国家对这类机构的关闭破产也不是简单处理：一是在法律未作明确、系统地规定之前，对这类机构的破产处理特别慎重。目前在金融机构中已有数家濒临破产界限，但由于没有具体的操作办法，国家只对为数不多的机构进行了破产处理，例如对于广东国际信托投资公司破产案，即是由广东省高级人民法院、广州中级人民法院和深圳中级人民法院分别经过近4年的审理方予终结。二是总结实践经验，在某些专门法中就有关机构破产进行规范，逐渐确立金融机构破产制度。

（一）《商业银行法》的规定

2003年修订的《商业银行法》规定，商业银行已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人的利益时，国务院银行业监督管理机构可以对该银行实行接管。接管的目的是对被接管的商业银行采取必要措施，以保护存款人的利益，恢复商业银行的正常经营能力。被接管的商业银行的债权债务关系不因接管而变化。接管由国务院银行业监督管理机构决定，并组织实施。国务院银行业监督管理机构的接管决定应当载明下列内容：（1）被接管的商业银行名称；（2）接管理由；（3）接管组织；（4）接管期限。接管决定由国务院银行业监督管理机构予以公告。接管自接管决定实施之日起开始。自接管开始之日起，由接管组织行使商业银行的经营管理权力。接管期限届满，国务院银行业监督管理

机构可以决定延期，但接管期限最长不得超过2年。有下列情形之一的，接管终止：（1）接管决定规定的期限届满或者国务院银行业监督管理机构决定的接管延期届满；（2）接管期限届满前，该商业银行已恢复正常经营能力；（3）接管期限届满前、该商业银行被合并或者被依法宣告破产。商业银行因分立、合并或者出现公司章程规定的解散事由需要解散的，应当向国务院银行业监督管理机构提出申请，并附解散的理由和支付存款的本金和利息等债务清偿计划。经国务院银行业监督管理机构批准后解散。商业银行解散的，应当依法成立清算组，进行清算，按照清偿计划及时偿还存款本金和利息等债务。国务院银行业监督管理机构监督清算过程。

《商业银行法》第71条还规定，商业银行不能支付到期债务，经国务院银行业监督管理机构同意，由人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织国务院银行业监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。商业银行因解散、被撤销和被宣告破产而终止。

（二）《保险法》的规定

2003年修改的《保险法》规定，保险公司不能支付到期债务，经保险监督管理机构同意，由人民法院依法宣告破产。保险公司被宣告破产的，由人民法院组织保险监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。经营人寿保险业务的保险公司被依法撤销的或者被依法宣告破产的，其持有的人寿保险合同及准备金，必须转移给其他经营人寿保险业务的保险公司；不能同其他保险公司达成转让协议的，由保险监督管理机构指定经营人寿保险业务的保险公司接受。转让或者由保险监督管理机构指定接受前款规定的人寿保险合同及准备金的，应当维护被保险人、受益人的合法权益。保险公司依法破产的，破产财产优先支

付其破产费用后，按照下列顺序清偿：（1）所欠职工工资和劳动保险费用；（2）赔偿或者给付保险金；（3）所欠税款；（4）清偿公司债务。破产财产不足清偿同一顺序清偿要求的，按照比例分配。保险公司依法终止其业务活动，应当注销其经营保险业务许可证。保险公司的设立、变更、解散和清算事项，《保险法》未作规定的，适用《公司法》和其他有关法律、行政法规的规定。

（三）《信托投资公司管理办法》的规定

《信托投资公司管理办法》规定，信托投资公司因分立、合并或者公司章程规定的解散事由出现，申请解散的，经中国人民银行批准后解散，并依法组织清算组进行清算。信托投资公司因违法违规经营、经营管理不善等原因，不能支付到期债务，不撤销将严重损害社会公众利益、危害金融秩序的，由中国人民银行根据《金融机构撤销条例》予以撤销。信托投资公司不能支付到期债务，经中国人民银行同意，可向人民法院提出破产申请。信托投资公司设立、变更、终止的审批程序，按照中国人民银行的规定执行。

（四）《企业破产法》关于金融机构破产规定

1、《企业破产法》起草中关于金融机构破产规定的争论

在《企业破产法》起草中，对于金融机构破产是否纳入该法调整范围问题曾有过较大争论。主要有以下几种意见：

一种意见认为，金融机构破产涉及大量客户，例如银行、保险公司，对这样的机构破产必须建立相关的保险制度后方可实行，否则，贸

然实行破产可能影响社会稳定。目前存款保险等制度尚未建立，对这类机构纳入该法进行破产可能造成较大负面影响，建议对于金融机构破产不要纳入该法调整。如有可能，可就金融机构破产制度制定专门法律。

另一种意见认为，实行市场经济体制，对于所有企业的破产都应纳入本法调整。把整个金融机构的破产都排除于本法调整范围有所不妥。但商业银行与保险公司的破产确实具有自己的特点，商业银行的储户达数十、上百万，甚至更多，证券公司、信托投资公司的客户也是成千上万。这类机构的破产不可能像一般企业一样进行债权申报，债权人会议也与一般企业破产有较大不同，而且对于商业银行与保险公司的破产，《商业银行法》与《保险法》已作规定，可以考虑将这两类金融机构的破产排除于该法调整范围之外，而将其他金融机构的破产完全纳入该法调整范围。

第三种意见认为，既然制定企业破产法，就应当对于所有的企业，包括金融企业的破产都纳入调整范围。金融机构破产虽然有其特点，可以考虑在纳入该法调整的基础上，对金融机构破产问题单设一章或规定几条原则，然后再根据这一章或有关条文制定细则，简单将所有金融机构或某几部分金融机构排除于该法调整不太合适。排除后再针对金融机构制定专门的破产法几乎不可能，这样既会影响到金融机构的经营与结构调整，也会影响到整修破产法制的统一。持这种意见的人认为，因为虽然《商业银行法》、《保险法》规定了有关两类机构的破产问题，但这类法律无法规定具体的破产程序，故难以适应金融机构破产的需要。为此，总体上还是应当将所有的企业法人的破产纳入该法调整范围。

另外还有一种意见认为，制定《企业破产法》，应将所有企业法人破产均纳入该法调整，对于金融机构破产的特殊问题可以考虑依据该法和有关专门法制定细则加以规范。同时，对于金融机构破产的一些特殊内容也希望该法中作出一些具体规定。

2、《企业破产法》的规定

比较上述几种意见，并借鉴国外的做法，该法第134条最后规定：“商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有本法第2条规定情形的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的，可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行入的民事诉讼程序或者执行程序。金融机构实施破产的，国务院可以依据本法和其他有关法律的规定制定实施办法。”

依据这一规定，金融机构破产总体上属于企业破产，要适用该法规定的原则与程序。由于金融机构破产有自己的特点，也不能完全依照该法的所有规定来执行。执行该条规定，要把握以下几个方面：

第一，商业银行、证券公司、保险公司等金融机构达到破产界限的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。在一般企业的破产中，能够对债务人提出破产申请的，只有债务人与债权人，以及处于清算程序中的债务人内部的负有清算责任的人员，如股东、高管等。而在金融机构的破产实践中，发生经营风险、需要破产的金融机构及其债权人，通常都不会主动提出破产申请，其风险和债务会继续积累、扩大。为此，该条授予国务院金融监督管理机构权利，包括银行业、证券业、保险业监督管理等机构，可以向人民法院提出对有关金融机构进行重整或者破产清算的申请。也就是说，在商业银行、证券公司、保险公司等金融机构达到破产界限的，即出现不能清偿到期债务，资产不足以清偿全部债务等情形的，有关监管机构可以依法向人民法院提出对该机构进行重整或破产清算的申请。金融监管机构对其监管的金融机构的风险评估比较准确，规定金融监管机构向人民法院提出破产申请的权利对于及时防范、发现和处理这种经营风险十分必要。

第二，国务院金融监督管理机构可以依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施，如中国银监会对有关商业银行的接管，

中国证监会对将南方证券等证券公司委托有关证券公司进行托管等。

第三，国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的，可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序，如以商业银行为被告的经济纠纷，以信托公司被告的商事纠纷等。这一规定是针对当前金融机构清算中的特殊情况所采取的应对之策。近几年来，国家对于一些出现高风险的金融机构，绝大多数是由金融监管机构依照有关法律、行政法规的规定实施接管、托管等风险处置措施，在此期间，经常发生债权人通过向各地法院提出诉讼和要求强制执行，抢先取得此类金融机构的财产的情形，使金融监管机构采取的行政处置措施难以正常进行。为了顺利处置这类出现风险的金融机构，维护金融和社会稳定，有关监管机构只能进行个案处理，采取一些临时措施解决这方面的问题。但由于这样的临时措施法律依据不足，引起一些当事人的非议。为解决这类问题，该法规定了“国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的”，国务院金融监管机构可以向人民法院“申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序”。

四、完善我国金融机构破产制度的思考

（一）对于金融机构破产的争论及问题

在金融机构破产清算中，国外通常采取建立保险或基金制的做法，即对所有的这类机构开业前，都要依法投保或拿出一笔钱建立基金，出现问题即由基金资金负责处理。

借鉴国外经验并总结我国处理金融机构关闭破产的经验，有关法律

对于金融机构破产采取了一些特别措施。例如《商业银行法》对于商业银行的破产规定为，商业银行不能支付到期债务，经国务院银行业监督管理机构同意，由人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织国务院银行业监管机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算，即对商业银行的破产要经银行业监管机构同意。《信托投资公司管理办法》规定，信托投资公司不能支付到期债务，经银行业监管机构同意，可向人民法院提出破产申请，即对信托投资公司的破产要经银行业监管机构同意。还有一些法律法规规定，对这类机构的破产要由有关机构负责接管等。

概言之，对金融机构的破产，一是要经有关监管机构批准；二是不能简单受理申请；三是有的债务人要由监管机构或其委托机构接管；四是对债务人财产与客户资产要分离；五是对一些机构的破产还需要建立与之相适应的保险或投资者保护基金制度相配套等。

针对金融机构破产的特殊性及上述立法要求，《企业破产法》第134条第2款规定："金融机构实施破产的，国务院可以依据本法和其他有关法律的规定制定实施办法。"即对这类机构的破产，从总的原则来说要适用《企业破产法》，但就操作而言，还要由国务院依据本法和有关专门法律的规定制定实施办法后，按照该实施办法的规定来执行。

以上规定表明，我国法律对于金融机构破产，总的来说，贯彻了市场经济原则，即只要符合法定原因，不能清偿到期债务的，即可以依法申请破产。但由于专门法律不方便直接规定破产的具体程序，从而对于金融机构破产的操作构成了障碍，加之其他一些体制等方面的原因，影响到这类机构破产操作的实施。

据业内人士透露，为了进一步规范我国金融机构破产事项，《金融机构破产条例》正在酝酿，有望在2007年起草、通过。这意味着，类似于海南发展银行清算程序走了8年都未走完的故事将能划上句号。[注]据了解，《条例》将解决九大问题，其中，在金融机构破产后的财产分配上，将优先考虑个人储蓄存款。

海南发展银行（以下简称“海发行”）是中国金融史上第一家、也是唯一一家被行政机关关闭的银行机构。成立不到3年，1998年海发行即被关闭，并进入清算阶段。不过，这个清算期实在有点长——已历时8年多。而且，至今其遗留问题仍未得到解决，法律的缺失是清算遇到的最大障碍。

前不久，银监会曾向国务院法制办公室申请草拟《商业银行破产条例》，在此基础上，国务院法制办有意将银行、证券、保险和其他金融机构破产一并纳入《金融机构破产条例》（暂定名，下称《条例》)，《条例》有望在2007年组织起草，最快会在该年度颁布实施。

目前，中国关于金融机构的破产法规有限，且散见于多部法律和法规中，这些法规关于金融机构破产的表述高度概念化且十分难落实到具体操作中，造成金融机构退出市场困难。若《条例》实施，金融机构的破产将真正有章可循。

但是，在中国，金融机构破产还属于闻所未闻的新鲜事。多数人的印象中，金融机构因其自身的特殊性，基本不会有“破产”情况出现，而且，即便濒临破产边缘，国家也会“买单”。但这种观念正在逐渐发生变化。举例而言，自2001年开始的A股市场熊市，让不少证券公司捉襟见肘、入不敷出，此后的四年里，A股市场投资者陆续看到鞍山证券、珠海证券、新疆证券等中小型证券公司退出市场，甚至，人们还看到了在股票市场叱诧风云的大型券商南方证券、华夏证券退出的身影。

证券公司不败的神话被击破后，更多的人开始考虑，比证券公司更大的金融机构——银行，会否有一天也发生破产？在破产的过程中，将遵循怎样的原则以最大的保护投资者和储户利益？

“为什么不能让银行倒闭？中国国情特殊吗？”多年前，一些中国金融业人士曾经提出来的疑问，今天终于有了比较明确的答案。

据参与起草《破产法》的中国政法大学李曙光教授介绍，目前涉及金融机构破产的主要法律法规包括：2001年11月国务院颁布的《金融机

构撤销条例》、2003年12月发布的《商业银行法》、2004年2月实施的《银行业监督管理法》和今年8月颁布的新《破产法》。新《破产法》第134条规定："金融机构实施破产的，国务院可以依据本法和其他有关法律的规定制定实施办法"。在李曙光看来，这是国务院制定《条例》的法律依据。

即将起草的《条例》要解决九个问题。它们分别是：

（1）界定"金融机构"的具体含义，并应考虑将外资金融机构纳入视野范围；（2）除《破产法》规定的金融监管部门可以提出破产申请外，可考虑让债权人和金融机构自身也能提出破产申请；（3）建议扩大前置程序的范围；（4）严格管理人管理；（5）维护金融机构债权；（6）鼓励金融机构重整，尽量避免破产；（7）细化金融机构财产变现规定；（8）破产财产分配上，优先考虑个人储蓄存款；（9）设立投资者保护基金，建立存款保险、证券投资者保护基金、投保者保护基金和期货投资者保护基金等。

但是，直到目前仍然有人认为，对于金融机构破产要持慎重态度。其理由归纳起来主要是认为中国国内的金融机构还无法适应市场竞争：一是国内商业银行还不是真正意义上的市场主体，长期的公有制所带来的惯性和弊端还严重存在，银行还是基本上按行政机关的模式在管理，干部还是套用行政级别。二是行政对银行的干预依然存在，而且长期干预带来的严重后果依然没有消除，如果让其走向市场，无疑是把各级政府造成的包袱转嫁给老百姓。三是银行监管水平还有待加强，从一些地方接二连三地发生的一些干部携巨资到境外赌博，巨大资金流失，监管部门居然一无所知，一旦放开不堪设想。其四是信息披露水平不高，我们对银行的舆论监督不够，银行的信息披露也不透明。其五是社会信用环境也存在问题。因此，他们认为，银行存在的不适应市场经济的问题，很大程度是历史形成的惯性。不认真把因历史原因造成的问题解决好，匆忙把银行推向市场，无疑会造成十分严重的问题，甚至会影响社会稳定，从而最终影响经济的稳定。再说，在这种情况下，推出银行破

产，无疑是把历史原因产生的问题，要老百姓来买单，也不公平。从长远来看，建立银行破产制无疑是一个正确的方向，但是当前来讲，关键是推进银行的内部改革，建立真正适应市场经济的企业主体和良好的外部环境。国外的实践表明，以完备的存款保险制度、信息披露制度、破产预防制度、域外效力制度以及破产责任制度等为核心的现代银行破产法律体系，能够有序释放和化解银行破产风险，有效维护银行业的整体信用，并且为银行业的合理竞争和效率提高提供稳定的制度环境。现在我们在研究金融企业破产问题的时候，不能忽略了这些企业的利害相关者，尤其是银行的储户、保险公司的保单持有人、证券公司的股民等这些一定程度的劣势地位者的利益。他们的经济安全关乎社会的稳定和国家的金融安全。建立这种安全感是国家的责任和义务，也是政府正当性的基础，更是法律的使命。

（二）对于金融机构破产的理性思考

金融机构破产法律制度的构建是我国金融机构法律制度中一个薄弱环节，至今仍停滞于原始时期的一般破产的理论与实践。因此，极有必要对我国金融机构破产法律制度的立法进行大胆创新。笔者认为，这种立法创新可从以下几个层次进行考虑：

其一是立法层面上的思考。首先，厘清《商业银行法》、《银行业监督管理法》及相关部门规章中有关金融机构破产的法则与《民事诉讼法》、《企业破产法》对同一事项规定上的关系；然后，对所有相关金融机构破产预防与破产清算的法则进行整合。在立法范式上，作者主张采取“统一立法为主、单行立法为辅”的思维，如可以考虑今后在适当时机出台一部统一的《金融机构破产法》。

其二是构建我国的存款保险制度。目前这种制度运作比较良好的有两种模式，即以美国为主的法定型存款保险制度以及以德国为代表的自愿性存款保险制度。鉴于美国的模式具有较好的权威性、约束性、操作

性，作者认为，在构建该制度时，我国在主体上可以借鉴美国的模式，但另外也可以在一定程度上：借鉴德国的做法，因为德国的银行业与我国银行业具有一个共同点，即银行业都比较集中。

其三是确立跨国金融机构破产的法律制度。在跨国金融机构破产立法中，存在着两对基本原则，即普遍性原则与地域性原则，及单一实体原则与独立实体原则。实际上，这些原则都各有千秋。笔者认为，在该问题上我国可以确立普遍原则与单一实体原则为主、并辅以一定限制的原则，同时考虑跨国破产理论与实践中出现的“新实用主义”，其原因为：虽然普遍原则与单一实体原则是解决跨国破产的最佳方案，但是这一立法思维的贯彻可能导致本国丧失对破产金融机构在当地破产财产的控制权，从而将本国的债权入推向一个远离本土的、不知悉的破产程序中。另外，新实用主义也具有一定的先进性，如它主张在地域原则与独立实体原则、普遍原则与单一原则之间寻求一种既保护本国债权人利益，又便于国际合作的方案，且它也在国际跨国破产公约中得到一定的反映，如《欧盟破产程序法》与《跨国破产的安塞尔协议》便基本上采纳了新实用主义。在跨国金融机构破产立法中，我国应重点考虑以下几个方面：确立我国跨国金融机构破产案件管辖权的标准与原则、确定外国法院对破产案件管辖权及其判决效力在本国得到承认的准则、公共秩序保留原则的界定及对外国金融机构破产宣告与受偿合理性与公正性的审核标准。

其四是完善我国金融机构破产法律制度中的责任机制。在我国新的金融机构破产法中，不仅应对金融机构破产负直接责任的当事人的法律责任明确规定，同时在司法实践中更要避免以行政责任替代刑事责任的误区。相反，应当树立行政责任、民事责任及刑事责任并举的司法理念，改变以行政责任代刑事责任的积习。

总之，金融机构破产问题，乃目前我国金融界和法学界的一个热点问题，笔者认为，就我国目前情况而言，先制定一部行政法规性质的《金融机构破产条例》，不失为一个行之有效之举。它主要解决目前金

融机构破产缺乏具体操作规范的问题。但是，从长远来看，制定一部更高法律位阶的《金融机构破产法》，恐怕才是完善我国破产法律体系的最终解决方案。

（原载于王欣新、尹正友主编：《破产法论坛》第1辑，法律出版社2008年5月第1版。）

---

1. 1992年，大量资本和人才涌向海南，房地产市场的火爆拉动了海南经济非正常增长。次年，国家实行的有关宏观调控政策，让大量外地银行从海南撤出，使得当地经济的发展十分困难。为了重振海南经济、化解金融风险，海南省决定建立自己的银行。1994年底，海南省获准筹建“海南发展银行”，次年8月18日正式挂牌开业。监管部门将这家银行定性为——地方性股份制商业银行。由海南富南国际信托投资公司等5家信托投资公司发起，并可引进新股东，总股本为16.77亿元人民币，5家信托投资公司持有的股权占总股本的62.37%。精心挑选的开业吉祥日期未能给海发行带来好运。1998年6月21日，因严重资不低债并爆发系统性支付危机，海发行成立不到3年便被关闭。目前，海发行完成了对储蓄存款和外债的兑付，以及境内对公债务的确认，合并了网点，安置好了多数员工。但由于没有明确的金融机构破产法律法规，使得海发行清算工作难以往下进一步推进，至今依然处于停滞状态。
2. 几年前，央行前行长在行长办公会上讨论金融机构退出问题时，对资质不良的金融机构作过这样的描述：“一屋子人，面盖手帕。揭开手帕，只见死人。再揭开一些，还是只见死人。于是不敢再揭手帕，因为知道没有办法埋葬那么多死人，揭开了就盖不上了。”当他在银监会302会议室出席一个会议、转述那位前行长的话时，台下窃笑声不断。在他看来，中国在对金融机构破产倒闭处置上，多年来进步不大，且程序繁杂、效率不高。众多资不低债的金融机构因复杂的原因不能退出市场，而现在经常让资质好的金融机构接手快要“坏死”的金融机构，造成好的金融机构也可能被拖累“死”。他认为，有三类银行不能“倒”。其一是“太大而不倒”，包括工农中建交五大行和股份制银行，因其规模太大，如让其破产将会造成社会动荡。后两种情况则是无奈。“太少而不倒”——主要指农村信用社和城市商业银行。王君的解释是，由于国有商业银行从农村撤军，农信社成为农村地区唯一的金融机构，尽管很多农信社资不低债，仍然不能让其破产。这是因为，一旦撤销农信社，农村就没有金融机构。而城商行一般是一个城市一家，地方政府一般不会允许撤销。“太多而不倒”——几乎涵盖上述所有银行，主要是决策者担心，一旦银行倒闭，会引起“多米骨诺牌效应”，带来连锁反应，从造成挤兑、引发金融危机。上述考虑基本能解释为何银行都不能破产。

论我国市场监管法律体系的构建与完善

前言

《十一五规划纲要》在第三十章“着力推进行政管理体制改革”的第一节“推进政府职能转变”中强调：“按照政企分开、政资分开、政事分开以及政府与市场中介组织分开的原则，合理界定政府职责范围，加强各级政府的社会管理和公共服务职能。进一步推进行政审批制度改革，减少和规范行政审批。深化政府机构改革，优化组织结构，减少行政层级，理顺职责分工，提高行政效率，降低行政成本，实现政府职责、机构和编制的科学化、规范化、法定化。合理划分中央与地方及地方各级政府间在经济调节、市场监管、社会管理和公共服务方面的权责。加快推进事业单位分类改革。”在这里提出了“市场监管”的概念，这也是目前较为热点的问题。本文欲就我国市场监管法的法律体系的构建及其完善等问题展开探讨，以期有助于我国市场监管法制的发展。

一、我国市场监管法的地位

要探讨我国市场监管法律体系的建立与完善问题，首先应该明确我国市场监管法在国家法律体系中的地位。

1、市场监管法是市场经济发展的产物

要讨论这个问题有必要回顾市场监管法产生、发展的历史轨迹。

在自然经济阶段，自给自足的生产方式和少量的剩余产品的交换只能产生原始的经济关系，调整这些经济关系的是古代各国“诸法合一”的法律。社会大分工促进了社会生产力的发展，产生了简单的商品经济关系，这就促使法律分工，民刑分离。资本主义的兴起，开始了市场经济的孕育和形成过程。市场经济又是以竞争为特点的经济，自由市场的局限性和消极面，使得市场个体利益往往与社会利益相冲突，这就要求有一个新的部门法加以调整。于是在民商法已不敷经济关系日趋复杂之需时，经济法遂应运而生。伴随着市场失灵等多种矛盾的出现，以国家干预为特征的经济法便得到进一步的发展和完善。而作为国家对社会经济活动的调整方式——国家干预被细化为“调控”和“管制”。管制又区分为市场秩序管制和市场监管，于是经济法便产生了市场秩序规制法（如反垄断法、反不正当竞争法等）、宏观调控法（如中央银行法、财政税收法、价格法、对外贸易法等）和市场监管法。对于市场监管法的存在，曾经是有争论的，但1997年爆发的震撼全球的东南亚金融危机，使得人们在痛定思痛之后得出了至少以下三个结论：第一，政府不能不监管市场，否则市场会自乱；第二，政府的监管不能取代市场，否则市场会失去自身的活力；第三，政府监管是必要的，但必须确定适当的范围，并采取合适的方式。

因此，现在所要讨论的问题应不再是政府监管是否具有合理性的问题，而是探索市场监管及其市场监管法的定位、内容、体系问题，以此来重新确定政府在市场经济体制下的职能作用和政府与企业的关系。

可见，市场监管法与经济法一样不是与生俱有、凭空生造的，它是市场经济发展的必然产物。

2、市场监管法是经济法的独立组成部分

市场监管法具有经济法的特征，它以国家干预为核心，以社会利益

为主导；以政府监管职能为主体，以非官方团体的监管职能为辅助；不仅涉及行政机关的管理职能，还涉及社会团体等机构的监管职能，甚至涉及经营者、投资人的内部控制等。它既超越了行政法的范畴，也是民商法所不能涵盖的，因此，它只能是经济法的一部分，并且是经济法不可或缺的一个独立组成部分。

它不同于市场秩序规制法。后者是指政府为维护市场竞争秩序、保障市场机制正常发挥作用，而对经营主体的市场行为进行规制、控制的法律规范的总称。二者的区别是：（1）追求的目标不同，市场秩序规制法所追求的是竞争有序化，力图保护正当经营者和消费者，维护市场秩序；市场监管法要实现的是市场的安全，抵御市场风险，从整体上保护市场参与者。（2）干预的对象不同，市场秩序规制法只针对市场经营者的竞争行为，市场监管法则不仅涉及经营者的各类市场行为，还涉及各类投资人和融资人的投融资行为。（3）干预的主体不同，市场秩序规制法仅有政府特定部门执行，市场监管法则由较多政府机关，包括综合监管机关和专门市场的监管机关执行，前者如商业主管机关，后者如政府金融管理机构，同时还有社会团体和民间机构辅助监管。另外，二者在干预的时间、干预的手段等方面均有不同。如市场秩序规制干预是事后干预，而市场监管则是对市场运行全过程的干预。

市场监管法也不同于宏观调控法。后者是指政府为实现社会总需求与社会总供给之间的平衡，保证国民经济持续、稳定、协调增长，对社会经济运行进行调节和控制的法律规范的总称。宏观调控的主体是只能是政府，而市场监管的主体除了政府外，还有其他辅助监管主体，如社会团体、民间机构等。宏观调控追求的是总量的供需平衡、经济的温度增长，而市场监管的直接效果是控制风险、保障安全，以保证宏观调控目标的实现。从而可以得出的结论是：宏观调控法营造的是国民经济整体安全；市场监管法保障的是市场安全，其根本目标在于抵御市场风险，防止市场风险对国民经济的破坏。

由此可见，市场监管法是经济法不可或缺的一个独立的组成部分，

它与宏观调控法、市场秩序规制法一起共同支撑起经济法的宏伟大厦，共同调整着经济法所调整的经济关系。

3、市场监管法应当成为市场经济国家，尤其是市场经济发展并不成熟国家经济法制建设的重点

我国加入WTO后，最大的挑战之一就是对我国政府职能的挑战，而政府经济行为又恰恰是这一挑战的重中之重。我国政府早已习惯了用指令性的形式调整经济生活，靠发红头文件、开行政会议来解决经济问题，至今仍是我国政府调整经济的主要手段。WTO的规则调整的对象既具有政府性特征，又具有经济性特征。所谓政府性特征是指：只有成员政府才能直接依据WTO规则享有权利和承担义务，WTO规则是对政府经济行为的限制，(注)意即WTO规则的遵守对象只能是成员政府，而非个人或一般经济组织。所谓经济性特征是指：WTO规则规范政府行为的主要内容，是运用经济利益的方法来约束政府对国际贸易的各种有悖于市场规律的管理行为。因此，市场监管法的一项重要任务，就是要建立起相应的机制，使政府监管有效化。有效化就是市场监管既具有经济性，又有合理性，同时还要适度，这三者缺一不可。监管的目标是矫正背离市场机制的行为，维护市场安全，抵御市场风险，保证市场正常、健康、有序地发展。而要实现政府对的市场监管职能，摆脱以往以行政手段为主的调整经济生活的方式，在落实WTO中的最惠国待遇、国民待遇、透明度等一系列规则的实践中，建立、健全市场监管法律体系则是政府一项紧迫而又必须要做的工作。从我国的实际情况来看，由于我国在市场经济发展的过程中，始终存在着市场的全面开放与极不成熟的巨大反差、快速发展与潜在风险并存的客观问题，因此，在继续完善宏观调控和市场规制法律体系的同时，进一步提高对市场监管法的重要性及其地位的认识，健全市场监管法的理论与规范体系，应当成为今后一个阶段经济法制建设的重点。

二、我国市场监管法律体系存在的缺陷及问题

市场监管法律体系是指在市场运行过程中监管主体对市场活动主体及其行为进行制约所产生的经济关系进行调整的自成体系的法律规范的总称。它就市场监管的指导思想、原则、制度、规则、措施等内容予以明确规范，是监管对象市场活动的行为、权利、义务、责任的依据，也是监管者监管活动的范围、程度、途径、方式、手段、程序的通则，还是对监管对象违法的制裁、监管者不当监管的补救的规则。注

市场监管法律体系包括适用于各具体市场的行业性市场监管法，如银行业监管、保险业监管、证券业监管、期货业监管、房地产业监管、技术市场监管和信息市场监管的法律规范等；也包括会计、审计等各类市场的功能性市场监管法律规范等。从国家级的立法层面讲，我国目前属于市场监管法范畴的立法形式主要有三大类：其一是单行的立法，如《中华人民共和国银行业监督管理法》；其二是以监管内容为主的立法，如《中华人民共和国证券法》；其三是监管内容与商事内容并列的立法，如《中华人民共和国保险法》。但是，从总体上讲，我国市场监管法律体系仍然存在着严重的缺陷和不足，因为，在市场监管法中，有一些制度作为监管法律规范的基本构成，是各个单行法所必不可少的，这就是监管法的要素，它主要包括监管体制、市场准入与禁入、市场退出、经营风险控制、信息披露、监督检查、交易所和中介机构监管等制度。按照上述监管法要素的要求，我国监管法律体系的建设仍然存在着许多比较突出的问题。

一是，规范性文件层次较低，导致规范间存在法律冲突。如金融监管法的缺陷就十分明显：一些法律规范更新速度慢，一些过时的法律规范还没有及时修订和废止；一些迫切需要法律予以明确规定的问题，要么没有法律规定，要么规定的过于原则，缺乏可操作性，如至今缺乏关

联贷款和关系人贷款方面的明确规定。再如目前已有数千家的、自1979年出现的城市信用合作社，运行27年来，对其进行规制和监管的法律规范只有1997年和1998年由国务院银行业监管机构发布的《城市信用合作社管理办法》和《城市信用合作社联合社管理办法》两个部门性规章，法律位阶底，其一些属于监管的规定几乎是空白，其内容也与其他法律规范存在冲突或矛盾。

二是一些重要的领域存在无规范的盲区。如我国在自律监管的重要主体行业协会的活动长期处于无法可依的境地。又如规范金融集团活动的立法明显滞后，使许多法律关系处于不确定的状态。再如中介机构的监管立法始终没有出台，严重影响了政府对该行业的监管，而目前该行业存在的一些问题均与监管立法的缺乏有着直接关系。此外，诸如信息披露制度、市场退出制度等各个方面的监管立法均存在空白点，急需加快这方面的立法步伐。

三是只注重实体法，轻视程序法。没有完善严格的程序，不但会增加监管成本，而且还会增加监管行为的随意性，造成腐败和不公正。在我国，监管部门产生腐败的一个重要原因，就是因为没有严格的程序性规范，而金融监管部门的腐败则又是社会关注的焦点之一。这些腐败的产生与我国目前尚未构建起一个完整的监管程序规范体系是有着极大的关联的。因为，不合理或不完善的监管行政程序，是导致腐败的温床。

四是不重视对监管者的再监管。任何权力在设置的时候，都应当考虑权力监督问题。政府既要设权，同时还要有适当的限权机制，这是一个能够正常运转的政府的一个必须十分关注的问题。也是我们在构建市场监管法律体系过程中，一个值得认真关注的问题。

五是没有真正树立与世界经济及制度接轨的紧迫感，与WTO规则的衔接尚不完善。加强国际化合作，已是国家发展的重要前提。主动适应市场监管的国际化趋势，实现对跨国集团的监，是我国应该立即解决的重要问题。特别是在信息提供、互相磋商、技术合作等方面，我们应该与其他国家监管当局特别是金融监管机构签订双边备忘录，同时开始

认真研究监管国际合作问题。而在这方面的工作我们开展的很是不够。

三、我国市场监管法律体系的内容框架

参照国际现成经验，我认为，在我国目前应当建立起以下一整套市场监管法律体系框架，以适应我国日益发展的市场经济的客观要求。以下，我将从不同的角度阐述我国市场监管法律体系的基本框架结构。

首先，以行业为视角，必须形成下列完整的行业监管法律制度体系：

（一）会计监督法律制度

1、会计监督的机构和人员

（1）机构设置和会计人员的主要职责

（2）总会计师的设置、职责和权限

（3）单位负责人的责任

2、会计核算

（1）会计核算的原则与要求

（2）会计核算的方法与程序

（3）会计核算的工作规则

3、会计监督

（1）内部会计监督

（2）社会监督

（3）国家监督

4、会计法律责任

（二）审计监督法律制度

1、国家审计监督

（1）审计机关的设立和领导体制

（2）审计机关职责

（3）审计机关权限

（4）审计程序

（5）审计法律责任

2、内部审计监督

（1）内部审计监督范围

（2）内部审计机构的设立

（3）内部审计机构职权

（4）内部审计机构的法律责任

3、社会审计

（1）社会审计的主体

（2）法定审计业务

（3）对社会审计的监管

（三）银行业监管法律制度

1、银行业监管机构及其职责

（1）银行业监管机构设置及职责

（2）监管措施

（3）国家总行（中央银行）的监管职责

2、商业银行的监管

（1）商业银行的准入规则

（2）商业银行经营业务的监管

（3）经营合规性监管

（4）商业银行业务违法的法律责任

（5）商业银行资产运营的监管

（6）商业银行的接管

3、信托投资公司的监管

（1）信托投资公司的准入规则

（2）业务准入监管

（3）业务运营监管

（4）自律与监管措施

4、金融租赁公司的监管

（1）准入与退出

（2）经营业务监管

（3）法律责任

5、企业集团财务公司的监管

（1）准入规则

（2）业务监管

（3）风险控制

（4）整顿与接管

6、金融资产管理公司的监管

（1）准入与退出

（2）业务监管

（3）法律责任

7、信用合作社的监管

（1）准入与退出

（2）业务监管

（3）内部机构

（4）法律责任

8、外资金融机构的监管

（1）市场准入制度

（2）业务监管

（3）退出机制

（四）证券监管法律制度

1、监管原则

2、监管机构的权力

3、证券发行的监管

（1）股票发行市场的准入

（2）公司债权发行市场的准入

（3）证券承销的规定

4、证券上市的监管

（1）证券上市的准入

（2）上市公司的信息披露

（3）上市公司的检查

（4）上市公司的禁入

（5）证券退市

5、证券交易的监管

（1）上市公司的收购

（2）禁止的交易行为

6、证券交易所的监管

（1）证券交易所的设立

（2）证券交易所的解散

（3）证券交易所的组织机构

（4）证券交易所的业务监管

7、证券公司的监管

（1）证券公司的准入制度

（2）证券从业人员的准入与禁入

（3）证券公司的业务监管

（4）证券公司的风险监管

8、证券中介服务的监管

（1）证券登记结算机构的监管

（2）证券投资者咨询机构的监管

（3）资信评估机构及其他中介服务机构的监管

（五）保险监管法律制度

1、保险监管体制

（1）保险监管机构

（2）保险监管方法

（3）保险监管指标

2、保险业的监管

（1）保险公司的准入与退出

（2）保险公司的业务监管

（3）保险公司的风险监管

3、保险中介市场的监管

（1）保险代理人监管

（2）保险经纪人监管

（3）保险公估人监管

（六）期货监管法律制度

1、期货监管体制

（1）期货市场监管模式

（2）期货监管机构及其职权

（3）自律制度

2、期货交易所的监管

（1）期货交易所的设立、变更、终止的核准

（2）期货交易所的机构与人员监管

（3）期货交易所的业务监管

（4）期货交易所的风险监管

3、期货经纪公司的监管

（1）期货经纪公司的准入与退出

（2）期货经纪公司的业务监管

（3）期货经纪公司的风险监管

4、期货交易的监管

（1）期货交易主体限制

（2）场内交易监管

（3）期货合约的审定监管

（4）期货交易的风险管理

（5）禁止期货交易行为

第二，以部门法为视角，必须构建下列完整的监管法律体系：

（一）银行法及其监管法

（二）证券法及其监管法

（三）期货法及其监管法

（四）保险法及其监管法

（五）会计、审计法及其监管法

（六）房地产法及其监管法

（七）产品质量法及其监管法

（八）消费者权益保护法及其监管法

（九）市场监管主体法及其监管法

第三，以监管的内容为视角，必须构建的监管法律体系：

（一）对监管者的再监管

（二）对市场准入与禁入的监管

（三）危机处理和市场退出

（四）经营风险控制

（五）交易场所监管

（六）中介机构监管

（七）关联交易监管

第四，以监管手段为视角，必须构建的监管法律体系：

（一）信息披露制度

（二）监管报告制度

（三）监督检查制度

（四）会计审计监督

（五）监管评估制度

（六）监管强制措施

（七）“柔性”监管措施

（八）行政制裁制度

（九）自律制裁制度

以上从不同视角粗略地列举了我国监管法律体系的基本内容，但是无论从哪个视角，银行业、证券业、保险业、期货业仍是我国监管法制建设的重点。而在这些重点行业中，市场的准入、退出、危机处置、市场信息披露的监管制度、对监管者的监管，则又是这些行业监管的重中之重。而这些监管制度，均要由监管法律体系规范和建立起来的，离开了监管法律体系，这些制度是无法建立起来的。

四、我国市场监管法律体系的特点

（一）世界各国市场监管体制的模式

市场监管法是市场参与者规范经营、规范投资的准则，也是市场监管者依法监管、有效监管的依据。它对于保障市场安全与秩序，维护市场主体合法权益，促进市场发展具有不可替代的重要作用。但是，世界各国由于各自的政治、经济、文化、法律和历史传统的不同，各国在实践中产生了不同的监管组织结构，从而也产生了不同的监管模式和监管法律体系。从监管模式上看，按照监管机构是否独立设置，市场监管体

制可以分为独立监管模式和政监合一模式；按照监管机构是否唯一来划分，市场监管体制又可以分为单一监管模式和复合型监管模式，而复合型监管模式又可以分为美国的多重结构、交叉管理模式，澳大利亚—奥地利的双峰式模式，德国的二元式监管模式和法国三委员会分工监管模式等。与此相适应的监管法律体系自然也是各有春秋。

1、独立监管模式与政监合一模式

独立监管是单独设立监管机构，集监管职能于一体，独立于政府部门，具有较强的权威性和中立性。监管机构的经费来源，既可以来自于乘法财政拨款，也可以来自于被监管主体缴纳的费用。在此监管模式中，又存在着两种类型：其一是在全国统一的监管机构下设立若干分支机构进行监管，即所谓垂直监管模式；其二是分级监管的方式，即在全国形成依据行政区划分级设立各地区相对独立的监管机构体系。政监合一监管，则是将监管机构与政府部门合二为一（两块牌子、一个班子），甚至由政府部门直接承担监管任务。英美法系国家大多采用独立监管模式。如美国在联邦和州分别设置了电力管制机构，在联邦一级设立了隶属于美国能源部的一个独立机构——联邦能源管制委员会（FERC），各州的公用事业监管机构负责各州的电力监管。而日本、德国、法国则采取政监合一模式，即由政府行政部门直接监管。但从发展趋势看，大多数发达国家的监管机构普遍已由政府行政部门直接监管向独立、专业化的监管机构方向发展。根据欧盟委员会明确要求其成员国建立独立的电力监管机构的指令，欧盟25国中的大多数成员国已经决定设立专门的监管机构。注这里的独立，首先是指独立于政府部门；其次是指监管机构的组成人员有一定的稳定性，不因政府部门的人事变化而发生变化；其三是指独立于利益团体，与被监管主体、投资者和消费者保持一定的距离，以保证其中立性；其四是独立于其他社会团体和机构，尤其是政府主管、主办的新闻媒体和普通的大众传媒，不为新闻的导向所左右，以保证其公正性和独立性。独立监管模式乃目前世界各国

普遍采用的最佳模式。

2、单一监管模式与复合监管模式

这是按照监管机构是否唯一来划分的。所谓单一监管模式是指在一类市场中，对不同的监管对象和市场业务，都由一个机构负责监管。主张此种模式的国家认为，这种模式对系统风险、审慎监管和市场主体监管行为进行监管具有一系列的优势。英国和日本是采取此种模式的最典型的国家。英国成立了集银行、证券、保险三大监管责任于一身的一元化金融监管机构——金融服务监管局（Financial Service Authority，FSA），全面负责对英国金融业的监管。在日本于1998年设立了单一的监管机构——日本金融监管局，作为独立的监管机构，负责对金融业的监管工作。单一模式的最大缺陷是：缺乏监管竞争，容易导致官僚主义和腐败。因此，在该模式下，建立起对监管者的再监管制度，恐怕又是一个不可忽视的问题。

实行复合型监管模式的国家主要是美国、德国和法国。美国实行的是多家主管机关交叉管理制度。例如，在美国的金融监管体制中，银行及储蓄性金融机构的监管由货币监理局、美联储和存款保险公司三大联邦级监管机构和各州监管机构共同负责。证券交易委员会则负责对证券经营机构、证券信息披露、政权交易所和证券业协会等履行监管职能。而对美国保险机构的尽管则由所在各州的保险监管局负责。美国的这种监管体系分工细致、体系完善、多头负责、程序复杂，既存在政出多门、职能重叠的弊端，也表现出安全、稳健的优势，是一个独具特色的监管体制。

德国的监管模式又被称为“二元监管模式”，如其对银行业的监管除了由专设的联邦银行监督局负责外，德国联邦银行也要与联邦银行监督局密切配合，共同完成监管工作，从而形成了一个互相合作又互相牵制的二元结构。

法国的监管模式可以称之为“多元的监管模式”，如其对于银行业的监管由中央银行、银行和金融监管委员会、信用机构和投资公司委员会及银行委员会负责；证券业监管则由法国股票市场监管委员会和金融市场协会负责；保险业监管由保险监管委员会和经济事务与财政部负责。

可见，各国的市场监管模式因不同的国情和经济体制，其所表现出来的形式和特征也有所不同。但无论何种形式，其根本宗旨在于符合本国的经济体制特点和世界的发展趋势，其根本目的是抵御市场风险，防止市场风险对国民经济的破坏。

（二）建立我国市场监管模式的思考

我国究竟应该建立起何种具有我国特点的监管法律体系呢？我认为，要回答这个问题，首先要分析我国目前市场监管体制的特点和不足。

经过20多年的发展，我国已经初步形成了对金融、期货、房地产、产权、信息等市场的监管布局，并且建立起一些部门和行业的监管制度，取得了一定的监管效果。但是，由于我国的市场监管脱胎于传统的行政体系，并且受到长期以来计划经济的束缚和影响，同时受制于不成熟的市场约束，监管资源尚未得到有效的整合，监管过度与监管真空并存，重复监管与放弃监管同在，这些困绕我国市场监管的问题，都需要通过完善市场监管法予以解决。

如果把我国现在正在进行的经济改革的进程看作仍是一个在继续转型过程的话，那么从市场监管主体的定位来讲，我国政府对市场的监管职能正在面临着如下三个重大的转变：

其一，从主管型监管向监管型转变

在我国一些监管部门仍然习惯以主管部门的姿态出现，使主管与监管的定位模糊，从而导致诸多监管行为产生了偏差。其表现为：

1、各监管者之间的规则制定过程常常演化为利益争夺过程，使很多联合制定的规则成为利益划分和势力妥协的产物。要制定出符合市场监管原则的规则，制定规则的主体不应是各监管部门，而应由相对超脱的监管部门制定出适合市场客观需要的规则，从而改变在主管思想指导下所制定不具有客观性质的规则的局面。

2、一些监管部门的负责人，摇身一变，成为了监管对象的董事长、经理，这种人事上藕断丝连的情况，严重影响了监管的独立性和客观性，这也就是为什么一些监管部门监管不利，甚至与监管对象同流合污的原因之一。

3、由于目前某些监管部门分工不明，权责不清，造成了这些监管部门之间为了各自的权益而争权夺利，甚至相互拆台，这种管得越多，权力越大的现象，是由于市场监管主体定位上的偏差造成的，它严重干扰了监管目标的实现。

4、作为自律组织的各行业协会本应成为监管法部门与行业经营者之间的纽带，但事实上却成为监管对象头上的“二政府”，增加了监管对象接受监管的成本。

其二，政府监管从行政取向向市场取向转变

行政取向是政府管理目标取向在定位上的偏差，会严重干扰管理职能的实现，它不适应市场条件下实现政府职能的需要。中国市场监管机构事实上是政府的一个具有行政级别的官僚部门，而不是一个专司市场监管功能的独立或相对独立于政府的机构。因此，监管者追求的是政治上地位的升迁，而不是市场效率和专业水准；其目标和动机是满足上级领导的偏好，而不是满足市场发展的内在需求。因此，应当淡化监管部门的政治色彩，为监管部门准确定位，划清监管部门与一般行政部门之

间的职责，实现监管功能单一化，把监管机构转变为专业性机构，真正建立起顺应市场经济需要的服务型政府。

其三，由被监管企业产权与政府密切相关的局面向二者完全脱离的局面转变

银监会作为监管机构曾经热心地向社会征集国有股减持方案，这显然是一种越俎代庖的行为，这种被监管企业产权与政府密切相关的情况，无疑会阻滞甚至改变国有企业改革的方向和进程。应当按以法治理念构建的监管机构取代集所有者、运行者和监管者于一身的政府行业部门，从而真正建立起符合市场经济要求的市场监管体制。

目前，我国在市场监管权限的合理分配、监管基础信息的准确提供等各方面均存在着一些与现代监管制度格格不入的制度性和理念上的问题和偏差。例如，在纵向监管权方面就存在着诸如交叉监管和真空监管的严重问题；在横向监管权方面，就银行监管体制上，就面临着监管不力、体系内混乱的问题，如跨区分行的设置与行政区划不统一、人事财三权不统一等。在监管分权问题上，也长期存在党政不分、政企不分等问题。监管信息的不准确或失真，则更是困绕监管部门的重大问题。总之，要在我国建立起符合市场经济要求的市场监管体制，绝非一时之事，还有很长的路要走。与此现实情况相适应，我国的市场监管法律体系，也应有其独到的特点：

其一，以现有的市场监管法，如银行监管法、证券法、保险法等为基础，按照行业划分，加快目前尚未建立起来的诸如中介机构监管法、关联交易监管法等法律的立法进程，争取在最短的时间内完善各个行业的监管法律体系。

其二、关注目前比较单薄的诸如市场退出、危机处理、运营风险控制、自律组织、对监管者再监管等法律体系的建立，加强诸如破产法、商事登记法、国有企业法、国有资产管理法等法律的修改、制定工作。

其三，结合政府职能改革，以法律的形式对政府经济职能予以确定，例如，可以制定一部《政府机构改革法》，在该法中就政府经济监管职能，予以明确规定，划清政府与非政府机构各自在市场监管中的职能及作用，以实现十一五规划中提出的行政管理体制改革的任务。实践证明，不以法律的形式规范改革事业，改革就没有稳定性和持续性，过去我们太看重行政权力的作用，这已经不适合市场经济的要求，市场经济需要的是稳定的、科学的法律体系。

其四，可以借鉴英美国家的监管模式，设立专门的、独立的监管机构，如独立的电力监管机构、中介监管机构等，而这些机构均独立于政府部门和利益团体，具有一定的稳定性、专业性，远离政府的干预，并与利益集团保持一定距离，以保证其中立与公正性。这可以在相关立法中以法律的形式予以确认。

其五，我国的监管法律体系，应是以宪法为依据，以各行业监管法为主干，以政府改革法、破产法、商事登记法等为辅助的全方位的监管法律体系。其基本原则可以以经济法的基本原则为基础，以公开、公平、公正、有效、合法为其特有原则，以维护市场秩序，保障市场安全，控制市场风险为目标，成为我国社会主义市场经济得以健康、有序、顺利发展的有力的法律保障。

（原载于《河南师范大学学报》2006年第5期）

---

1. 周林彬：《WTO规则与我国经济法调整对象的再思考》，载《政治与法律》2002年第1期，第61页。
2. 参见吴弘、胡伟：《市场监管法论》，北京大学出版社2006年1月第1版，第6页。
3. 参见吴弘、胡伟：《市场监管法论》，北京大学出版社2006年1月第1版，第66页。

我国海商法的特点

《中华人民共和国海商法》是我国第一部调整海上运输关系、船舶关系的专门性法律，它的颁布标志着我国海事法律的进一步完善，从而填补了我国法制建设中的一项空白。

（一）海商法的立法形式

从目前各国海商法的立法情况来看，海商立法大致有三种形式：第一种是国家立法机关制定统一的海商法典；第二种是国家立法机关和政府主管部门制定单行法规；第三种是既制定统一的海商法典，又制定各种单行法规。我国《海商法》属第三种形式。建国以来颁布的一系列单行海商法规，已经基本构成了具有我国特色的海商立法体系，使一部分属于海商法范围的内容，早有了单独的法律调整。因此，我国《海商法》的制定就不再以单纯地追求一部大而全的海事法典作为我们的立法目的，只是对于在海事活动涉及的民事法律关系中，具有特殊性、有别于一般民事法律关系的，如关于船舶、船员、海上货物运输、海上旅客运输合同、船舶租用合同、海上拖航合同、船舶碰撞、海难救助、共同海损、海事赔偿责任限制、海上保险合同等内容予以明确规定；而对于没有特殊性，属于共性民事法律关系的，如民事法律行为和代理及船舶扣押、强制出售等涉及海事诉讼、海事仲裁等问题，则分别适用《民法通则》、《民事诉讼法》和海事仲裁程序等法律、法规，《海商法》则不作规定。同时，对于法律和行政法规已经有了规定的有关行政管理的内容，如船舶登记、船舶检验、海上交通安全、海洋环境保护等，则适

用有关行政管理的法律和行政法规，《海商法》也不作规定。这样制定主要是为了解决新制定的法律，与以往所颁布的法律、法规在适用中的协调问题，以维护法制的统一。

（二）海商法的立法根据

我国海商立法时已有数十个单行法规了，另外，在民法、民事诉讼法等基本法律中也有有关海商方面的规定，因此，我们制定海商法是一个如何将已有的大量具体的规定加以归纳、整理，使之系统化的过程。我国民法、民事诉讼法及船舶管理、海上航行安全和客货运输方面的法律、法规中所规定的很多基本原则和主要内容，就直接被援用到了新的法律中，使这些规定和制度得以国家基本法的形式固定下来。例如，关于船舶所有权、抵押权的规定，就是根据《民法通则》中有关所有权和抵押方式担保债权的规定而拟订的，而关于涉外关系的法律适用中的大部分内容，则直接引用了《民法通则》的相应条文。这是我国《海商法》的又一重要特征。

（三）海商法吸收并采用了有关国际公约上的规定

目前，与海商法有关的国际公约有数十个，其中调整海上货物运输合同关系的公约有三个，即：1924年制定、1931年生效的《统一提单的若干法律规定的国际公约））（简称海牙规则）c1968年制定、1977年生效的《修订统一提单的若干法律规定的国际公约的议定书》（简称维斯比规则）和1978年制定、1992年11月1日生效的《1978年联合国海上货物运输公约》（简称汉堡规则）。其中前两个公约是在海运发达国家的影响下制定的，规定了承运人对因船长、船员驾驶或管理船舶的过失造成承运货物的损失不负赔偿责任在内的17项承运人免责条款，明显偏袒船方（承运人）的利益。一些海运发达国家都加入了这两个公约。汉

堡规则则是在广大海运不发达国家的强烈要求下制定的，规定了承运人除非证明自己已对避免损失的发生采取了一切可能的措施，否则便应对货物的损失和延迟交付负赔偿责任，因而，受到第三世界国家的欢迎。我国海商法确定的原则是：从我国实际出发，以海牙—维斯比规则为基础，有限制地吸收汉堡规则的某些内容，并且，尽可能地采用在国际海运中被普遍采用的规则、标准合同，以与国际通行作法相一致，作出既符合国际惯例又有中国特色的规定，以利于我国海运事业的发展。依照该项原则，我国海商法明确规定了十二项承运人免责的条款，并且规定了承运人应负的举证责任。这些规定与海牙规则所规定的承运人对承运货物的损失免负赔偿责任的范围基本上是一致的。我国海商法除了规定了承运人的举证责任外，还专门规定了承运人只有自己证明业已履行托运人关于运输活动物的特别要求，并证明根据实际情况，灭失或者损害是由于此种固有的特殊风险造成的，承运人才能对因运输活动物的固有的特殊风险造成活动物灭失或者损害不负赔偿责任。这样的规定，与我国远洋运输的现行作法也是一致的，体现了从实际出发的原则。

（四）海商法适用范围

我国海商法规定，本法第四章关于海上货物运输的规定“仅适用于我国沿海港口同外国港口之间的海上货物运输”，不适用国内沿海港口之间海上货物运输；国内沿海港口之间海上货物运输由国家有关部门另行规定。这样规定，是从我国沿海货物运输与国际海上货物运输至今一直实行两种不同制度这一现实情况出发而拟订的。

（原载于《法学杂志》1993年1期）

谈《外商投资企业和外国企业所得税法》实施的意义

《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》（以下简称《税法）））最近已正式公布实施。这是我国税制建设的一个重要步骤，是进一步健全和完善我国的涉外税收制度的一项基础性建设，说明了我国涉外税收制度的进一步规范化。是我国税制建设的发展和进步。

《中外合资经营企业所得税法》和《外国企业所得税法》公布实施十年来，对贯彻我国的对外开放政策，维护国家权益，鼓励外商投资、促进对外经济合作，起了很大的作用。但是，随着对外开放政策的进一步贯彻和利用外资工作的发展，这两个税法中的有些规定已与实际情况不相适应，主要问题是：

（一）《外国企业所得税法》的适用范围已不规范。十年来我国合作企业和外资企业适用的税法是《外国企业所得税法》。近年来，随着《外资企业法》和《中外合作经营企业法》的相继公布，外资企业和多数合作企业已经构成具有中国独立法人资格的实体。按照税收管辖权的原则，这些企业的总机构设在我国境内。负有全面的纳税义务即其来源于我国境内境外的所得，都应在我国汇总纳税。而按《外国企业所得税法》的规定，只能对其来源于我国境内的所得征税。如果对这些其有法人资钱的合作企业和外资企业继续按《外国企业所得税法》征税，在税收法律适用上就很不规范，既不利于对他们行使全面的税收管辖权。也难以作出合乎法律原则的解释。

（二）合作企业和外资企业的税率偏高。依照原来两个税法规定，

合资企业适用30%的比例税率，另征地方所得税3%，合计负担率为33%。合作企业和外资企业适用五级超额累进税率，最低一级税率为20%，最高一级税率为40%，另征地方所得税10%，合计负担最高的接近50%。当时《外国企业所得税法》采用超额累进税率，并把最后一级税率定得高一些，主要是考虑到其他国家的税率都较高。现在。不少国家通过近年来进行税制改革，纷纷降低了税率。如美国的公司所得税税率已由46%降为34%，英国由52%降为35%，新加坡由40%降为31%，马来西亚由40%降为35%。在这种情况下，如果仍保持按原来两个税法所规定的税率征税，不仅合作企业、外资企业与合资企业税率相差较大，而且与其他国家相比，也显得税负偏高，不利于吸引外资。

（三）减、免税的优惠待遇不够合理。按照原来两个税法的规定，一方面，对合资企业不分生产性企业和非生产性企业，也不分国家是否需要鼓励投资的行业和项目，都给予两年免税，三年减半征税；而另一方面，对合作企业和外资企业，仅限于从事农业、林业、牧业等利润率低的行业，给予一年免税，两年减半征税这既不利于税法更好地体现国家的产业政策，又存在着不同投资方式间的外商减免优惠差别过大的矛盾。

《税法》是依据宪法而制定的，全法共30条，其主要特点：

一是明确规定了税率。《税法》采用的税率形式是比例税率，比例税率简单明了，透明度高，便于投资者进行可行性分析和测算投资的经营效益，还可以避免因价格和外汇比价的变动引起适用税率档次的提高或降低。《税法》保持了现行的合资企业所得税税率，这主要考虑到吸引外资的需要。我国目前对私营企业的所得税税率已定为35%，对国营企业和集体企业，也将通过税制改革，较大幅度地降低税率。国外对公司所得税率，目前一般也定在30%—40%之间。我国把企业所得税税率，连同地方所得在内，定为33%，保持了现行合资企业的税负，是可取的，也是可行的。

二是明确了如何减免税优惠的问题。这个问题是关系到能否贯彻国

家鼓励外商投资，促进对外经济合作政策的重要问题。《税法》第7条规定："设在经济特区的外商投资企业，在经济特区设立机构、场所从事生产、经营的外国企业和设在经济技术开发区的生产性外商投资企业，减按15%的税率征收企业所得税"。"设在沿海经济开放区和经济特区、经济技术开发区所在城市的老市区的生产性外商投资企业，减按24%的税率征收企业所得税"。"设在沿海经济开放区和经济特区经济技术开发区所在城市的老市区或者设在国务院规定的其他地区的外商投资企业，属于能源、交通、港口、码头或者国家鼓励的其他项目的，可以减按15%的税率征收企业所得税。"对上述这些地区实行更多的优惠税率，是近几年来国家为实行进一步对外开放所采取的重要步骤，有必要在《税法》中加以肯定和确认。《税法》第8条第1欲规定："对生产性外商投资企业，经营期在10年以上的，从开始获利的年度起，第1年和第2年免征企业所得税，第3年至第5年减半证收企业所得税"。这样规定，与原来税法比较，主要有两点不同：一是将从事旅游业、商业，眼务业的企业，排除在法定给予定期减免税的范围之外；二是对合作企业和外资企业从目前仅限于从事农业、林业、牧业等少数利润低的行业给予定期减免税。扩大到从事生产性项目，并延长了减免悦的期限经过这样调整，在减免企业所得税方面，有利于鼓励外商向牛产性行业和项目投资，体现了国家产业政策的要求。《税法》第8条第2款规定："本法施行前国务院公布的规定，对能源、交通、港口、码头以及其他重要性产性项目给予比前款规定更长期限的免征、减征企业所得税的优惠待遇，或者对非生产性的重要项目给予免征初、减征企业所得税的优惠待遇，在本法施行后继续执行。"这样规定，体现了我国对外悦收政策的连续性和稳定性，有利于消除外商投资者的疑虑。

三是明确了关联企业之间的法律关系。关联企业之间利用转让定价的方法而转移利润，进行避税，这在国际上是司空见惯的，在我国也有越来越严重的趋势。有些外商投资者采用抬高进料价格、压低产品外销价格或者调核收费标准等办法避税赚钱，使企业长期处于亏损状态，甚至因此而倒闭。由于原来税法对此没有明确的限制规定。税务机关很难

依法调箱和处理。这次我国借鉴国外的经验，在《税法》第13条中作了原则规定，即：“外商投资企业或者外国企业在中国境内设立的从事生产、经营的机构、场所与其关联企业之间的业务往来，应当按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用。不按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用，而减少其应纳税的所得额的，税务机关有权进行合理调整。”

四是保持法律的稳定性和连续性，避免引起外商不必要的疑虑。《税法》根据“从新从优”的原则，在第27条作了这样的规定，即：“本法公布前已设立的外商投资企业，依照本法规定，其所得税税率比本法施行前有所提高或者所享受的所得税减证、免证优惠待遇比本法施行前有所减少的，在批准的经营期限内，依照本法施行前法律和国务院有关规定执行。没有经营期限的，在国务院规定的期间内，依照本法施行前法律和国务院有关规定执行。具体办法由国务院规定”。这样处理新老税法的衔接，符合我国有关法律的精神，也符合国际上通行的作法。

《税法》是调整、规范涉外税收制度的基本法律，它的制定、实施具有重要愈义和作用：

（1）《税法》的制定实施，使涉外税收工作有法可依。促进了涉外税收工作的规范化、法制化，使税务机关能够更好地加强对于外资企业和外国企业的管理，打消外商对我国投资的疑虑，充分发挥外资和外国企业在发展国民经济中的作用，加速国民经济的发展。

（2）《税法》的制定、实施使我国涉外税收制度进一步规范化，标志着我国税制建设的发展和进步。

（3）《税法》的制定、实施，标志着我国税收制度的立法工作进入了一个更加成熟的时期，《税法》的制定为我国税收制度的立法工作提供了许多宝贵的经验，这将有利于我国经济立法工作的进一步加强与完善。

（原载于《法学杂志》1991年第4期）

专利法修改问答

《中华人民共和国专利法修正案》已由七届全国人大常委会第27次会议通过。下面拟以问答的形式回答读者时这次专利法修改所提出的几个主要问题。

问：这次为什么要修改专利法？

《中华人民共和国专利法》于1984年3月12日由第六届全国人大常委会第四次会议通过，1985年4月1日起施行。七年以来，专利法对鼓励发明，促进我国科技进步和经济发展以及叶外科技交流和经贸往来，发挥了积极的、重要的作用。但是，由于在制定专利法时缺乏实践经验，经几年的实践证明，专利法也确实存在有以下几点缺陷和不完善之处：（1）专利保护的范围过窄；（2）发明专利权的期限过短，对专利保护不够充分；（3）没有对本国专利申请优先权的规定；（4）专利授权前的异议程序不利于专利技术尽快转化为生产力。为更好地贯彻深化改革和扩大开放的方针，缩小与国际标准间的差距，在总结经验的基础上，对专利法进行适当的修改，使我国的专利制度得到进一步的完善，是十分必要的。

问：这次专利法的修改主要有哪些内容？

第一，扩大了授予专利的枝术范围，时药品、用化学方法获得的物质以及食品、饮料和调味品给予专利保护，即将现行专利法第二十五条第一款所规定的七项不授予专利权的内容缩减为五项，去掉了时药品、

用化学方法获得的物质以及食品、饮料和调味品不授予专利权的规定，扩大了授予专利的范围。

第二，延长了发明、实用新型和外观设计三种专利的保护期限。即将现行专利法规定的分别为十五年和五年的发明专利、实用新型和外观设计专利权保护期限延长为二十年和十年，并且取消了实用。新型和外观设计专利权的续展制度。

第三，进一步强化了时专利权的保护。这次修改专利法在强化专利权的保护方面，主要包括以下三个内容：（1）对方法专利的保护延及到用该专利方法直接得到的产品。即将第十一条第一款增加了“或者使用其专利方法以及使用、销售依照该专利方法直接获得的产品”的规定。（2）赋予专利权人对未经其许可而进口其专利产品的行为予以阻止的权利。即将第十一条增加了一款，作为第三款：“专利权被授予后，除法律另有规定的以外，专利权人有权阻止他人未经专利权人许可，为上两款所述用途进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得的产品”。（3）增设本国优先权。即将现行专利法第二十九条第一款修改为，不论申请发明或者实用新型或者外观设计人是外国人还是中国人，都享有优先权。此外，还补充规定了本国优先权，即：申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起十二个月内，又向专利局就相同主题提出专利申请的，可以享有优先权。

第四、修改了专利查批准程序。即将授权前的异议程序改为授权后的行政撤悄程序。即取消了现行专利法第四十一条规定的授权前的异议程序，将三十九条修改为：“发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，专利局应当作出授予发明专利的决定，发给发明专利证书，并予以登记和公告”。取消了原来规定的“审定”程序。同时，为了纠正可能出现的失误，修改决定又作了补充规定：自专利局公告授予专利权之日起六个月内，任何单位或者个人认为该专利权的授予不将合本法有关规定的，都可以请求专利局撤销该专利权。

第五、增加了宣告专利权无效的决定的追溯力的决定。即将第五十

条增加了两款，补充规定了宣告专利权无效后，对在此之前人民法院和专利管理机关作出的并已执行的专利俊犯的判决、裁定和处理决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，是否有追溯力，以及专利权被宣告无效后，对已经收取的专利使用费和获得的侵权赔偿费，是否要求全部退回两个问题。根据目前司法实践和国际上的一般原则，对于这个问题决定规定：专利权被宣告无效后，**对**法院、专利管理机关作出的已经发生法律效力的专利侵犯判决、裁定和处理决定以及已经履行的专利实施许可合同和专利转让合同，不具有追溯力，但是，因专利权人的。恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。而专利权人或者专利权转让人不向被许可实施专利人或者专利权受让人返还专利使用费或者专利权转让费，明显违反公平原则，专利权人或者专利权转让人应当向被许可实施专利人或者专利权受让人返还全部或者部分专利使用费或者专利权转让费。

第六、重新规定时专利实施强制许可的条件。主要是两个方面的内容：

1.取消了第五十一条规定的专利权人负有在中国制造、使用或许可他人使用其专利产品和方法的义务的内容，增补了专利局根据要求实施某项专利的共有实施条件的单位的请求，而可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。

2.取消了第五十二条的规定，增补关于在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益，专利局可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。

（原载于《法学杂志》1992年第6期）

20世纪世界各国死刑废除运动的回顾及评述

一、世界范围内死刑废除的进度与概况

（一）死刑废除运动的起源

现代废除死刑的运动起源于欧洲18世纪末。18世纪80年代，奥地利统治者采纳了切萨雷·贝卡利亚（Cesare Beccaria）所提出的废除极具恐怖色彩和适用随意的刑罚，创立一个与所犯之罪成比例的、更具有确定性的等级分明的刑罚体系的主张，在几年之内将死刑暂时搁置了起来。在俄国，死刑也一度被中止。1794年，宾夕法尼亚州成为美国第一个除了对一级谋杀外废除死刑的州。1861年，英国也将死刑限制在谋杀罪。自从1837年密歇根州成为美国的一个州后，就从未执行过死刑。并且于1847年3月1日开始实施废除死刑的法案。[注]罗得岛在1852年也采用了密州的这项法令。紧接着1853年，威斯康星州成为美国第三个废除死刑的州。其实，世界上真正第一个对所有犯罪废除死刑的国家是南美洲的委内瑞拉，它早于1863年就颁布了废除死刑的法令。

从上述内容可以看出，死刑废除运动起源于18世纪末，初步成型于19世纪。其所表现出来的特点是：1.范围窄，仅限于欧美几个国家和地区；2.不彻底，往往附带有一些限制性的内容，如英国，对谋杀罪就没有废除死刑。

（二）死刑废除运动的发展

从世界范围看，20世纪是死刑废除运动迅速发展，并在全球造成巨大影响的时代，它直接影响了全球刑法理论和实践的发展，尤其是在刑法的作用、意义、本质等问题研究上的影响更大。总的说来，在20世纪，死刑废除运动的发展经过了三个阶段：

第一个阶段，20世纪前25年。这个阶段一些欧洲国家和拉丁美洲国家在和平时期对所有的罪行都废除了死刑。这些国家包括：葡萄牙、圣马力诺、荷兰、挪威、瑞典、意大利、罗马尼亚、奥地利、瑞士、巴西、哥伦比亚、哥斯达黎加、厄瓜多尔、乌拉圭、阿根廷、巴拿马。这个阶段的特点是其范围较之19世纪有一定扩大，但不稳定。

第二个阶段，20世纪20年代中期至50年代。这一阶段由于发生了诸如第二次世界大战等重大国际事件，原来一些已经废除了死刑的国家，又重新恢复了死刑。如意大利，在1927年墨索里尼上台后，又恢复了死刑。在德国，纳粹政府将死刑由一种刑事政策的工具变成了一种种族和政治操纵的工具，并且成为了一种优生学的政策。[注]这一阶段的特点是反复性和倒退性。

第三个阶段，20世纪60年代至世纪末，主要集中在80年代以后。截止到60年代，仅有25个国家废除了死刑，其中11个国家彻底废除，14个国家废除和平时期的普通犯罪死刑。前者包括：委内瑞拉（1863年）、圣马力诺（1865年）、哥斯达黎加（1877年）、厄瓜多尔（1906年）、乌拉圭（1907年）、哥伦比亚（1910年）、巴拿马（1922）、爱尔兰（1928年）、联邦德国（1949年）、洪都拉斯（1956年）、摩纳哥（1962年）。此外，澳大利亚的新南威士州，美国的阿拉斯加、夏威夷、爱阿华、缅因、密歇根、明尼苏达、俄勒岗、西弗吉尼亚和康涅狄格州，墨西哥的29个州中的24个，也废除了所有犯罪的死刑。后者包括：葡萄牙（1867年）、荷兰（1870年）、巴西（1882年）、挪威（1905年）、瑞典（1921年）、阿根廷（1921年）丹麦（1933年）、瑞

士（1942年）、意大利（1947年）、芬兰（1949年）、奥地利（1950年）、以色列（1954年）、新西兰（1961年）、英国（1965年），其中巴西和阿根廷在1965年后的军事法令中又重新恢复了死刑。

在此后的30多年中，截止到1999年，又有52个国家废除了所有犯罪的死刑，它们是：多米尼加（1966年）、梵蒂冈（1969年）、图瓦卢（1976年）、所罗门群岛（1978年）、吉里巴斯（1979年）、卢森堡（1979年）、尼加拉瓜（1979年）、瓦努阿图（1980年）、佛得角（1981年）、法国（1981年）、澳大利亚（1985年）、马绍尔群岛（1986年）、密克罗尼西亚（1986年）、海地（1987年）、列支敦士登（1987年）、民主德国（1987年）、柬埔寨（1989年）、罗马尼亚（1989年）、斯洛文尼亚（1989年）、安道尔（1990年）、爱尔兰（1990年）、克罗地亚（1990年）、莫桑比克（1990年）、纳米比亚（1990年）、圣多美和普林西比（1990年）、斯洛伐克（1990年）、匈牙利（1990年）、马其顿（1991年）、安哥拉（1992年）、巴拉圭（1992年）、捷克（1992年）、几内亚比绍（1993年）塞舌尔（1993年）、秘鲁（1994年）、吉布提（1995年）、毛里求斯（1995年）、摩尔多瓦（1995年）、南非（1995年）、西班牙（1995年）、比利时（1996年）、波兰（1997年）、玻利维亚（1997年）、格鲁吉亚（1997年）、尼泊尔（1997年）、阿塞拜疆（1998年）、爱沙尼亚（1998年）、保加利亚（1998年）、加拿大（1998年）、立陶宛（1998年）、东帝汶（1999年）、土库曼斯坦（1999年）、乌克兰（1999年）。另外10个国家废除了普通犯罪的死刑。它们是：秘鲁（1979年）、巴西（1979年）斐济（1979年）、塞浦路斯（1983年）、萨尔瓦多（1983年）、阿根廷（1984年）、希腊（1994年）、波斯尼亚（1997年）、拉脱维亚（1999年）和墨西哥。它们其中的15个国家，在宣布从法律上废除死刑时实际上已经在事实上废除了死刑，也就是说，这些国家在宣布废除死刑前的一段时间里已经停止了死刑的执行。

从上述内容可以看出，20世纪世界各国废除死刑运动主要集中在80年代以后，1980年以后废除死刑的国家占60年代以后废除死刑国家总数

的90%，而其中许多国家是1990年以后东欧剧变和苏联解体以后的原东欧社会主义国家和从原苏联独立出来的新独立的国家，如波兰、格鲁吉亚、斯洛伐克、立陶宛、阿塞拜疆、爱沙尼亚、土库曼斯坦等。这一阶段的特点是废除死刑的国家的数量大增，这段时期废除死刑的国家是以前所有时期的3倍。而且所涉及的国家遍布世界各个大洲，但主要还是集中在欧洲和南美洲。据统计，截止2001年，已有11个非洲国家彻底废除了死刑，另外11个非洲国家事实上废除了死刑。亚洲也有尼泊尔和柬埔寨两个国家彻底废除了死刑，6个国家事实上废除了死刑。在太平洋岛国中，有11个国家废除了死刑，另外4个国家事实上废除了死刑。[注]无论如何，其波及的范围较之以前还是有了很大的变化。

（三）死刑废除运动的反复

但是，毋庸置疑的是，在整个20世纪中，全球的废除死刑运动曾经出现过一些倒退和反复。如巴布亚新几内亚在1975年获得独立时曾废除了普通犯罪的死刑，但到1991年却又恢复了故意杀人罪的死刑。菲律宾曾在1987年废除了死刑，但在1993年又恢复并扩大了死刑的适用范围。在冈比亚，仅从1993年到1995年废除了死刑，1995年以后又恢复了死刑。即使在美国的一些州，在进入20世纪90年代以后，又相继恢复了死刑。如纽约州在废除死刑30年后又恢复了死刑；堪萨斯州，自从1967年不再执行死刑后，又于1994年恢复了死刑；从1990年起，亚利桑那州、加利福尼亚州、科罗拉多州、肯塔基州、俄勒冈州、华盛顿州和怀俄明州均在中断近30年的死刑执行后又恢复了死刑执行。可见，世界范围废除死刑运动，在20世纪确实经历了曲折的历程。究其原因，最主要还是与各国在各个时期的犯罪的数量和危害程度直接相关。

（四）对20世纪世界废除死刑运动状况的总结

为了能够更加详细地了解20世纪世界范围内废除死刑运动的基本情况，我们有必要对下列一些数字有一个大致的了解。据统计，截止到2004年10月，全球完全废除死刑的国家达81个，占全球国家总数的40%；废除普通犯罪死刑的国家有12个，占全球国家总数的6%；事实上废除死刑（10年内在司法中未执行过死刑）的国家有35个；完全废除死刑、废除普通犯罪死刑和事实上废除死刑的国家总数为128个，占全球国家总数的60%。[注]

全球判处死刑和执行死刑的人数，也是我们应该关注的问题。据统计，从1980年到1999年，在这20年中，全世界经报道和有记录的被判处死刑的总人数为55330人，每年平均为2766.5人，被执行死刑的总人数为40035人，每年平均为2001.75人。其中1993年到1999年是判处死刑和执行死刑的高峰，每年被判处死刑的人数均在3000人以上，而1996年被判处死刑的人数达到7107人，被执行死刑的人数达到4272人。[注]

由上述可见，在世界范围内，废除死刑运动并不像有些学者和机构所期望的那样能够得到占半数以上国家的认同，确实还有更漫长的道路要走。

二、世界各国废除与保留死刑情况综述

从世界各国的具体情况看，我们可以把各国废除死刑的情况划分为以下几个类型：

（一）原本对于废除死刑就持有积极态度的国家和地区

主要集中在欧洲、南美洲和北美地区。自从1867年以来，除了1916

—1918年间执行过军事犯罪的死刑外，葡萄牙是欧洲第一个废除谋杀罪死刑的国家，而且实际上从1849年起该国就没有人被执行过死刑。很快，荷兰、罗马尼亚、意大利、圣马力诺、瑞士也紧跟着废除了死刑。挪威在20世纪初成为斯堪的纳维亚国家里第一个废除死刑的国家。第一次世界大战后，瑞典、冰岛和丹麦也跟着废除了死刑，芬兰自从1826年起就没有执行过一例谋杀罪的死刑。随着第二次世界大战的结束，意大利于1944年在刑法中废除了所有普通犯罪的死刑，1947年终于废除了除战时军事犯罪以外的所有普通犯罪死刑。联邦德国1949年新宪法第102条废除了任何情况下的所有犯罪的死刑。[注]到1962年，在西欧对谋杀罪执行死刑的国家已经只有英国、法国、塞浦路斯、希腊、西班牙和土耳其，卢森堡和比利时虽然在刑法上保留了谋杀罪的死刑，但实际上自1950年以后就没有再执行过死刑。到20世纪末，除塞浦路斯、希腊和土耳其以外的所有西欧国家均废除了死刑。[注]

就西欧各国的情况看，废除死刑基本上经历了相同的阶段，即：首先减少在法律上判死刑的罪名，然后引入替代法或减刑以求在事实上废除死刑，最后在法律上废除死刑。但这并不是所有国家废除死刑必经的程序，法国就是在1981年一步到位彻底地废除死刑的。[注]英国在1965年没有经过事实上的废除死刑阶段，就废除了谋杀罪的死刑，但直到1998年才最终彻底地从法律上废除了死刑。意大利和比利时分别在1994年和1996年才在法律上彻底废除死刑。目前，只有塞浦路斯、希腊还仍然在军事法典中保留了死刑的规定。实际上，欧洲只有一个国家没有废除普通犯罪的死刑——土耳其。土耳其曾经在1973年至1980年期间，曾中止死刑的执行，但在1980年至1983年期间，土耳其判决了48人死刑。土耳其至今没有签署和批准《欧洲人权公约（ECHR）第6议定书》，它在1995年对联合国的回复中声明：土耳其“不准备废除死刑，但要减少和限制死刑的适用范围”。

可见，在欧洲国家中，绝大多数都已经从法律上废除了死刑，只有极个别国家由于现实或历史的原因仍然在法律上保留死刑，但这种保留

是有限度的，要么，只限定在军事犯罪中，要么就是在事实上几乎已经成为一个废除死刑国家。如土耳其在2001年10月通过的一项宪法修正案中宣称：除了在“战争时期和面临迫切的战争威胁时以及恐怖主义犯罪时”，其他任何情况下的死刑都被禁止。[注]土耳其的此政策与它所处的复杂的地理和政治环境有着密切关系。

南美洲一直是死刑废除运动的先锋。委内瑞拉、哥斯达黎加和巴西，早在19世纪就已经废除了死刑，紧随其后的有：厄瓜多尔、乌拉圭、哥伦比亚、阿根廷、巴拿马，以及墨西哥的大部分州，这些国家和地区已经对所有犯罪都废除了死刑。巴拉圭是在连续几十年事实上废除死刑后，才于1992年的新宪法中，对所有犯罪废除了死刑。玻利维亚虽然早在1967年的宪法（第17条）中就明确规定禁止使用死刑，但其1973年的刑法仍然规定了死刑，直到1997年国会通过1768号法律文件，才正式废除了所有存留的死罪。[注]智利曾于1990年和1997年先后两次废除所有普通犯罪的死刑，但最终都以失败告终，直到2001年5月总统签署了参议院与众议院通过的一项以最低年限40年的终身监禁取代死刑的法案后，才彻底废除了所有普通犯罪的死刑。但是在军事法中，仍然保留死刑。[注]危地马拉于1992年将死刑扩大到导致他人死亡的毒品贩卖活动，1995年又扩大到绑架罪，但自1983年至1995年期间，无人被执行死刑。1996年和1998年危地马拉前后两次三人执行了死刑。到2000年11月，危地马拉宪法法院取消了死刑判决，并宣称在人权领域，国际法优于国内法。[注]因此，它也成为实际上废除死刑的国家。

尽管南美洲废除死刑运动起步很早，但也遭遇过几次倒退。阿根廷和巴西都曾经恢复死刑和再次废除死刑。早在1882年就对普通犯罪取消死刑的巴西，曾分别于1937年和1969年因政治暴乱和军政统治两次恢复死刑，但并没有宣判死刑。直到1995年，巴西才告诉联合国：“巴西的司法体制不希望有死刑。”[注]阿根廷在于1853年在宪法上禁止对政治犯使用死刑，并于1921年对普通犯罪废除了死刑以后，在1971年和1976年曾经二次在法律上恢复了死刑，20世纪90年代，还曾经出现过恢复死刑

的政治运动，但因没有得到议会的支持而失败。秘鲁于1979年对普通犯罪废除了死刑，但至今仍没有完全废除死刑。墨西哥虽然在宪法中保留了死刑，但并未适用死刑。

可见，在废除死刑已有百年传统的南美洲，死刑废除运动是进行得比较彻底的地区，这与其文化传统和所处的地理位置有着密切的联系。

在北美，加拿大的死刑废除也经历了几个阶段。1961年，死刑适用于一类谋杀罪上，1966年死刑限制到杀害值勤警察和监狱看守的犯罪上，1976年，最终废除了所有普通犯罪的死刑。直到1998年，在废除了军事犯罪和判国罪的死刑后，死刑才彻底地从加拿大法律体系中消亡。在美国，有13个司法区没有死刑，他们是（以废除死刑的时间前后为序）：罗得岛、威斯康星、密歇根、爱阿华、缅因、明尼苏达、北达科他、阿拉斯加、夏威夷、西弗吉尼亚、佛蒙特、哥伦比亚特区、麻萨诸塞。

但是，1994年和1995年，在堪萨斯州和纽约州又恢复了死刑。现在，美国保留死刑的司法区有40个：38个州，联邦政府和美国军方。但在美国，死刑至今仍是一个广受争议的话题。美国为什么到现在仍然没有消除死刑？对于此问题，有几种不同的意见，如有学者认为，在美国州一级的政府中，普遍地缺乏对国家批准的国际文件应承担的义务的认知，即他们认为，美国政府对外承诺的国际文件对他们不能适用。还有学者认为，在美国，任何一个政治候选人如果被认为对犯罪软弱，那么他在总统、州长和其他高级被选官员的竞选中就无法取胜。[注]可见，对死刑的支持与美国经常发生的一些残忍的谋杀和连环杀人案有直接关系。尽管，美国各界对死刑废除问题作出了巨大的努力，但要想在美国全面废除死刑，恐怕还经过一个漫长的历史过程。

由上述可见，即使在欧美发达国家，欲完全废除死刑也不是一帆风顺的事情，其间仍然要经过反复和复辟。

（二）在对原来的政治制度进行了改造以后积极推行死刑废除运动的国家

这些国家主要指原东欧各社会主义国家和从前苏联独立出去的国家。这些国家中，首先开展废除死刑运动是罗马尼亚，1989年12月在处决了齐奥塞斯库夫妇后，罗马尼亚立即宣布废除死刑。罗马尼亚于1993年成为欧洲理事会成员，并于1994年批准了《欧洲人权公约第6议定书》。匈牙利在1990年10月宣布死刑因侵犯人的生命和尊严等基本权利而违宪。1990年5月捷克斯洛伐克议会投票通过废除死刑法案，7月，分开的捷克和斯洛伐克两国在各自国家的法律中也将此法案写了进去。1992年两国均批准了第6议定书。1997年从前南斯拉夫分离出来的新独立的波斯尼亚—黑塞哥维亚共和国废除了死刑，2000年6月颁行的该国刑法中就没有了死刑的条款。1991年，斯罗文尼亚在宪法中声明：在该国“不应该有死刑的存在”。同样从前南斯拉夫独立出来的马其顿、克罗地亚也裁定死刑不合宪。其他留在南斯拉夫联邦共和国内的部分，也在1993年的刑法中废除了死刑。保加利亚在1990年将所有死刑判决减为30年监禁，并建立起了死刑执行的中止制度。到1998年国民大会通过法律委员会提交的议案，彻底废除死刑。阿尔巴尼亚在1996年宣布中止死刑的执行。2000年9月，刑法废除了普通犯罪的死刑。波兰早在20世纪70年代就开始呼吁废除死刑，从1988年开始中止死刑的执行。1990年，为了能够成为欧洲理事会成员，波兰废除了对组织、指挥重大经济犯罪者的死刑，在1996年通过的刑法死刑条款被全部删除。前苏联曾经在十月革命初期（1917—1921年）两次废除过死刑，并在1947—1950年间废除过和平时期犯罪的死刑，[注]但每次都很快又恢复。其原因都是于政治斗争密切相关。在1980年，强奸成年人的犯罪被废除死刑，到1991年，在“新刑事立法纲要”中，把死刑罪名从18项减到5项，免除了妇女的死刑。1996年，宣布在俄罗斯联邦境内中止所有死刑的执行。但是，直到2001年，俄罗斯的法律中仍保留有死刑的规定。1999年6月，俄罗斯总统签署了将所有的死刑或改为终身监禁，或减为25年监禁。无论怎么

说，俄罗斯已经成为一个事实上废除死刑的国家。然而，随着恐怖主义的威胁和各类社会犯罪的增加，一些俄罗斯的学者认为，死刑的取消纵容了犯罪分子有恃无恐地进行各类犯罪活动，扰乱了社会治安，应当恢复死刑。可见，要使俄罗斯在法律上彻底废除死刑还需要经过一个相当长的时间来实现。

从前苏联独立出来的14个国家中，已经有8个废除了死刑。他们是（按照废除死刑的前后顺序）：摩尔多瓦（1995年）、爱沙尼亚（1998年）、阿塞拜疆（1998年）、立陶宛（1998年）、拉脱维亚（1999年）、格鲁吉亚（1999年）、土库曼斯坦（1999年）和乌克兰（2000年）。其他的国家，如亚美尼亚、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、白俄罗斯等国，也不同程度地或减少了死刑罪名，或计划用终身监禁来取代死刑，或宣布要逐步减少死刑的适用并最后废除死刑。

这些国家开展废除死刑运动动力主要在于他们希望能够成为欧洲理事会的成员，并且最后成为欧盟的一员，其中有些国家已经达到了目的（如波兰、匈牙利、捷克等国），但对于其中某些国家来说这也并非唯一原因。如阿塞拜疆、格鲁吉亚等。

（三）正在积极推行死刑废除运动的国家和地区

这些国家主要以撒哈拉以南的非洲地区为主。还在1965年时，撒哈拉以南的非洲还没有一个国家废除死刑。但到20世纪末，已有9个国家完全废除了死刑，他们是：莫桑比克（1990年）、纳米比亚（1990年）、圣多美和普林西比（1990年）、安哥拉（1992年）、几内亚比绍（1993年）、南非（1995年）、毛里求斯（1995年）、吉布提（1995年）、科特迪瓦（2000年）。

其他非洲国家，如尼日利亚、津巴布韦、赞比亚、扎伊尔、苏丹等国也都在一定程度上为废除死刑作出了一些努力。例如，津巴布韦，在

1991年公布了一项旨在限制对凶杀、叛国以及一些军事犯罪适用死刑的法律草案。1999年11月，宪法委员会建议宪法应该只将死刑作为凶杀的可选择的处罚方式加以保留。赞比亚在1990年取消了凶杀罪的强制性死刑判决，引入酌情而定的判决方法，从而缩小了死刑的适用范围。但是，总的说来，非洲国家对死刑的适用程度和使用频率仍然很高，如在苏丹，自1989年至1998年因为凶杀和武装抢劫被判处死刑的894名罪犯中，已有112名被执行。(注)

这些非洲国家支持死刑的主要原因除了根源于他们的民俗和文化外，另外一个更重要的一个原因，就是这些国家有着居高的犯罪率、警力较弱和政治的不稳定。

在废除死刑运动中，亚洲和太平洋地区与非洲有着相似的地方。在太平洋地区，许多太平洋岛国，由于受到英国等国家的影响，并没有引入死刑，如基里巴斯、马绍尔群岛、密克罗尼西亚、所罗门群岛、图瓦卢、帕劳、瓦努阿图。斐济经过一番踌躇也于1979年对普通犯罪废除了死刑。澳大利亚、新西兰于20世纪90年代以前都彻底废除了死刑。在亚洲其他地方，除了柬埔寨和尼泊尔，都没有废除死刑。菲律宾本来是最早废除死刑的国家，但是，又恢复了死刑。但从目前情况来看，菲律宾仍然在为废除死刑而努力，2002年5月，众议院“公民权、政治权、人权和法律修改委员会”通过了废除死刑的议案，并将其提交众议院讨论。另外，马尔代夫、文莱、不丹、汤加、老挝、缅甸等国已经成为事实上废除死刑的国家。此外，泰国、蒙古、韩国、日本等国，也都努力朝着限制死刑或者实际上废除死刑的方向前进。如日本，在法官和律师们的努力下，在1989年11月至1993年3月间，死刑实际上被中止。蒙古在1993年修正刑法时，将可判处死刑的犯罪减至5种。

由上述可知，上述国家和地区对于废除死刑运动，总的说来还是持一种积极态度的，但由于历史、文化和现实的原因，对于废除死刑有着不同的作为和认识，因此，要从根本废除死刑尚需要一些时间，但他们都在积极探索着适合自己的路。

（四）从目前看来尚没有认真考虑废除死刑的国家

这些国家主要集中于中东、北非和亚洲地区。绝大多数中东和北非国家都强烈地反对废除死刑，甚至仍在不断地扩大死刑的适用范围。如埃及，十分重视死刑的效用，不仅谋杀和绑架中的强奸要判处死刑，严重的毒品犯罪也要判处死刑。仅1999年埃及至少有108人被判处死刑。自1989年以来，巴林、文莱·达鲁萨兰、伊朗、伊拉克、叙利亚、约旦、科威特、利比亚、阿曼、卡塔尔、沙特阿拉伯、阿拉伯联合酋长国、也门都拓宽了死刑在法律上的适用范围，尤其是对生产和非法买卖毒品罪以及部分性犯罪和经济犯罪方面。

这些国家的刑事政策，与他们的宗教信仰是紧密相连的。惩罚在伊斯兰法中意旨是“事先预防，事后恫吓和有益的教导”，而与报复或酷刑无关。因此，死刑的合法性是建立在报应和功利主义的基础之上的。印度是坚持死刑比较顽强的国家。印度国家法律委员会认为：“考虑到印度的实际情况，国民接受社会教育的方式，国内道德水平和受教育水平的不一致，地域的辽阔，人口的多样性，以及目前这个时候保持国家法律和社会秩序的极为重要的需要，印度不能去冒险进行废除死刑的试验。”[注]在此思想指导下，印度将死刑的适用范围扩大到各种恐怖主义犯罪，非法使用武器和弹药致死的犯罪，第二次被定毒品交易罪。另外，新加坡、巴基斯坦、孟加拉国、缅甸和越南，非但没有支持废除死刑，反而对死刑抱有强烈的支持态度。新加坡是世界上死刑执行率最高的国家，即使贩卖或携带一些小额毒品也常常被处死刑。在越南，死刑可以适用于29种犯罪，包括危害国家安全、凶杀、强奸、毒品交易，以及经济犯罪。[注]

由上述可知，这些地区的国家对于废除死刑的态度，与他们的宗教、文化和社会现实有直接关系，正是这些因素，导致了他们对于废除死刑运动的不同的态度和做法。

三、世界各国废除死刑运动的启示

以上，我们对20世纪世界范围内废除死刑的情况作了一个简要的回顾，通过上述回顾，我们至少可以得到如下几点启示：

（一）废除死刑运动是一个漫长的历史进程，它经历了200年的风风雨雨，经过了反复的曲折的发展历程，到如今已经成为世界上一项十分令人关注的国际政治和法律问题，得到绝大多数国家的重视。因此，对于这个问题的态度和做法，世界各国都是十分谨慎的，不会轻易作出什么行为。

（二）废除死刑的国家，在开展废除死刑运动的时候，无不将其与本国的政治、经济、外交等具体利益结合起来，甚至带有某些明显的政治或外交目的，如原东欧等国家。总之，国家之间没有无原无故的行动。

（三）没有废除死刑的国家，往往也是从本国的实际情况，特别是从文化、宗教和社会状况等现实出发，而作出的判断，并非一味地去迎合某些国家或国际组织的意愿，如印度就是这样。任何时候本国利益是第一位的。

（四）废除死刑比较早且发展较快的国家，大多是经济发展比较早或者快的国家，由于他们的经济、文化已经发展到了一定的程度，社会不公平的现象相对比不发达国家要少一些，因此，废除死刑不会影响他们的社会稳定和进步，因而，他们往往成为废除死刑的急先锋。而相比之下，非发达国家，无论在经济发展和社会发展程度上，都存在很多不尽人意的地方，因此，盲目地废除死刑，势必会给社会稳定和进步带来不良的影响。废除容易恢复难，对于发展中国家来说，废除死刑必须慎重。

（五）即使一些经济发达的国家，鉴于本国的具体情况和传统，并

没有一味地去追随所谓潮流，而是继续保留了死刑制度，如新加坡和日本即是如此。

（六）死刑废除运动现在仍在如火如荼地开展，但是，任何一个国家在讨论废除死刑时，不可盲目行事，要慎之又慎！

（原载于《法学论坛》2005年第6期）

---

1. 参见：William J. Bowers: 《Legal Homicide: Death as Punishment in American 1864---1982》(1984),p6—15
2. 参见：Richard J Evans：《Rituals of Retribution：Capital Punishment in Gemany 1600—1987》（1996），P613—737.
3. [英]罗吉尔·胡德著，刘仁文、周振杰译：《死刑的全球考察》，中国人民公安大学出版社2005年1月版，第8页。435
4. 参见：[英]罗吉尔·胡德著，刘仁文、周振杰译：《死刑的全球考察》，中国人民公安大学出版社2005年1月版，第628页。
5. 资料来源：大赦国际：《2001年死刑进展[Death Penalty Developments（2001）]》。
6. 参见：Richard J Evans：《Rituals of Retribution：Capital Punishment in Gemany 1600—1987》（1999），P630，P795.
7. 参见：Roger Kood：《The Death Penalty：A World—Wide Perspective》（1996），P14.
8. 参见：France：Textes nationaux，Abolition de la peine de mort，1981.
9. 参见：大赦国际：《死刑消息（Death Penalty News）》，2001年9月，Al Inbex：ACT 53/004/2001，第3页。
10. 参见：大赦国际：《世界范围的死刑：1997年的发展》，大赦国际索引：ACT/50/04/98，第2页。
11. 参见：大赦国际：《死刑消息》，2001年6月，大赦国际索引：53/003/2001，第2页。
12. 参见：大赦国际：《死刑消息》，2000年12月，大赦国际索引：ACT 53/001/2001。
13. 对联合国第5次5年调查的回复。
14. 参见：H·A·Bedau：《美国（The United States）》，载霍德金森、卢瑟福特主编：《死刑：全球问题与前景》，第45—76页。

15. 参见：Alexander S Mikhlin：《The death penalty in Russia》（1999），P8~22.420

16. 参见：大赦国际1998年报告，第314页。

17. 《印度第35届法律委员会的报告》，第354~255页。引自曼汉卓·P·萨：《死刑：视角与印度语境》，载R·S·Agarwal，S·Kumar编：《犯罪与刑罚的新视角》（1986年），第33页。

18. 大赦国际：《时事通讯》，2000年9月，大赦国际索引：NWS21/005/2000，第4页。

检察机关监督死刑复核程序的几个问题研究

一、死刑复核程序的现状及其存在的问题

（一）死刑复核程序的现状

目前我国的死刑复核案件分为判处死刑立即执行案件的复核程序和判处死刑缓期执行案件的复核程序两类。前者一般要进行以下活动：讯问被告人、审查核实案卷材料、制作复核审理报告。根据《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》（法释【2007】4号）（以下简称《规定》）的规定，最高人民法院复核死刑案件，应当作出核准的裁定、判决，或者作出不予核准的裁定。这一规定改变了以往最高人民法院复核死刑案件的审判方法，将原来发回重审和改判的情形一律改为不予核准，并撤销原判，发回重新审判，即将原来的改判情形修订为不予核准，取消了原来规定的原审判决认定事实正确，但适用法律有错误，或者量刑不当，不同意判处死刑的，应当改判的内容，这就使今后死刑复核案件不会再出现全案改判的情况。这样做主要是从法院的认知角度出发的，法院认为，死刑复核程序是为确保死刑适用的公正和慎重而设置的一种法院内部的特殊审核程序，没有公诉人和辩护人参与，不具有完整的诉讼形态，因而，复核死刑案件不再改判，有利于确保案件的质量，减少因上级法院改判而在地方法院可能引发的执行矛盾突出等问

题，保证最高人民法院顺利开展统一行使死刑案件核准权工作，从而建立起来以核准或者不予核准死刑为原则的一种新型的裁判模式。注

根据《刑事诉讼法》第201条规定："中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，由高级人民法院核准。"高级人民法院应当由审判员三人组成合议庭；合议庭在审查时应当提审被告人。

（二）死刑复核程序存在的问题

1.死刑复核程序的法律定位问题

死刑复核制度的本质特征是司法性，它是刑事诉讼程序的内容之一，是法院审判权的重要组成部分。审判权具有以下几个明显特征：

（1）审判的中立性。审判的目的在于解决对立的双方之间的争议，所以审判过程中，法官必须严守中立，偏向任何一方都会使审判失去其本来的意义。而法官也不能审理涉自身的案件，若法官是案件的当事人、利害关系人时，必须进行回避。审判权的这种权力属性，不仅要求法官要树立坐堂问案、居中裁判的司法理念，而且也意味着在审判程序的设置上，必须时时处处体现法官中立性要求。

（2）审判的抗辩性。在案件审理过程中，作为案件信息掌握者的双方当事人，各自积极而充分地提出有利于自己的证据和主张，反驳对方的立论，进行交叉询问和辩论，从而向法官提供和展示最丰富的案件信息，使法官的裁判真正地"以事实为根据"，此乃审判的核心要素。同时，法官处于中立的第三者的地位来裁决，有助于避免其因积极收集证据而产生先入为主的价值判断。抗辩性规律要求，在审判程序设置上要充分体现当事人地位平等、权利对等、权利义务相统一的原则。

（3）审判的公开性。通过公开审判，将审判活置于广大民众和当事人及其他诉讼参与人的监督之下，既可以增强审判人员的工作责任

心，防止司法人员专横擅断，提高办案质，有助于解决人情案、关系案、金钱案等问题；也有利于当事人正确行使诉讼权利，维护自己的合法权益，也有助于其对审判结果的认同和接受，有助于增强公众对司法的公信和支持。

（4）审判的程序公正性。司法公正包含程序公正和实体公正两层含义，而程序公正是实体公正的前提和保障。从一定意义上说，其实审判追求的就是一种程序的正义，因为审判本身是个事实证明和法律选择适用的过程，而审判不可能还原所有案件的全部事实，实体的公正永远是相对的，程序正义乃其价值所在。

（5）审判的被动性（消极性）。案件和争议的存在是审判权行使的前提条件，没有争议，审判权不能主动行使；即使有争议，如果当事人不提交法院，审判权仍无用武之地。司法权的这种特征与立法权和行政权形成鲜明的对照。立法机关应当积极主动的立法，以为社会生活提供可以遵循的行为规范，行政机关应当积极行政，以完成立法机关赋予自己的使命，否则，它们便有失职之嫌。而法院恰恰相反，违背审判的被动性特征，主动出击，不尊重当事人的诉讼权利，就会超越职权，步入误区。

（6）审判的职业性（技术性）。在审判的过程中，法官要依据法律的规定，运用自己丰富的法律知识和社会经验进行推理和判断，以确定争议的性质和解决争议的方法。法官如果没有丰富的法律知识和社会经验，是难以作出公正的裁判的。司法的过程是一个综合运用哲学、社会学、法学等各门知识的过程，没有渊博的知识和丰富的经验，是不可能胜任这一工作的。

审判活动的上述这些基本特征决定了法院的审判要求法官认真倾听控辩双方的意见，在此基础作出客观公正的判决。其中的中立性、抗辩性、公正性、被动性是审判权的最基本的特征。而作为我国现行的死刑复核程序则是由法院单方面进行，具有书面性、不公开性、主动性等特点，使得死刑复核程序带有了明显的行政审批的性质。最高人民法院的

死刑复核程序似乎成为了裁定或者审批高级或者中级人民法院判处被告人死刑是否可行的一种行政审批程序。这样的特征就完全违背了法院审判活动的性质。况且，《宪法》第127条规定，最高人民法院是最高审判机关。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。根据该规定，上下级法院之间是审判监督关系，而非领导关系，既然不是领导关系，上级法院就不应享有行政性的审批权力。[注]此外，在《刑事诉讼法》第3编审判中设有独立的第4章死刑复核程序（第199条到202条），可见，从立法上已经将死刑复核程序列入刑事审判四大审判程序（第一审程序、第二审程序、死刑复核程序和审判监督程序）之一。因而，无论从理论还是从立法、实践上看，死刑复核程序都是我国刑事诉讼程序的内容之一，是法院审判权的重要组成部分。因此，它也应当遵守刑事诉讼法规定的基本原则和制度。由此可见，死刑复核程序，不是为确保死刑适用的公正和慎重而设置的一种法院内部的特殊审核程序，而与其他诉讼程序一样是我国刑事诉讼程序的重要组成部分之一。

2.死刑复核程序立法粗疏

我国《刑事诉讼法》虽然规定了死刑复核程序，但其具体程序规定得非常原则，总共只有4个条文，而其中涉及到具体程序的仅有一个条文，即第202条：“应由审判员三人组成合议庭进行。”由于程序规定得过于原则，导致复核标准和方式的不规范，核准内容也颇为简单、片面。比如，一些高级法院在核准死刑缓期执行案件时，实行二审程序和死缓复核程序合二为一的做法，即在中级法院一审判处死缓，被告人提出上诉后，高级法院二审维持原判的，其二审程序同时也是死缓复核程序，高级法院所作出的维持原判的裁定，也是核准死缓的裁定。这种将二审程序和死缓复核程序合二为一的做法，使得死缓复核程序名存实亡。作为刑事诉讼程序之一，应当在刑事诉讼法中对于死刑核准权的案件范围，复核材料的报请程序及要求，复核活动的程序、方式，复核结

果，复核监督等内容予以明确的规定，以体现死刑复核程序的司法性。

3.死刑复核程序缺乏必要的法律监督

我国《宪法》第135条的规定，人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。我国《刑事诉讼法》第7条规定，人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。第8条规定，人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。根据上述这两部法律的规定，在刑事诉讼中，公安机关、人民检察院、人民法院分工负责，互相制约，这一原则贯穿于从刑事立案到判决乃至执行的全部诉讼程序之中。但在目前的死刑复核程序中，仅仅是法院单方面的书面审查，不用说控辩双方，即使是作为法律监督机关的检察机关，也被剥夺了法定的知情权和参与权，致使法律监督机关无法行驶法律监督职权。这样极不利于保证法律对于死刑复核活动所提出的客观、公正的要求，是一种违宪和违法行为。

二、检察机关对死刑复核实行监督的必要性

死刑复核程序在我国刑事诉讼活动中，是决定被告人的生命权利是否被剥夺的最终的一道关口，如果被告人的被剥夺生命权的死刑判决通过了这道关口，他的生命也就走到了尽头。因而，无论从保障人权还是从中国传统的“人命关天”的观念出发，这个关口必须受到严格的把关，不能有任何草菅人命的情形出现，否则就是对于人类和社会的极大的犯罪。因此，对于人民法院核准死刑的审判活动是否合法实行法律监督，

具有很强的现实性和必要性。

（一）检察机关对死刑复核实行监督，是检察机关的法律监督职能的必然要求

根据我国《宪法》的规定，人民检察院是国家的法律监督机关，依法有权对刑事诉讼实行法律监督。作为法律监督机关，检察机关的法律监督职能贯穿于刑事诉讼活动的始终。死刑复核既然作为刑事诉讼法所明确规定的一个诉讼程序，是人民法院刑事审判活动的组成部分，自然应当受到检察机关的法律监督。这也是检察机关的一项义不容辞的职责。这也符合作为国家公诉权的承担者的检察机关的性质的要求。公诉权是由不同阶段的具体职权所组成，应当贯穿于案件的整个审理过程之中，这个过程既包括在一审和二审中出庭支持公诉，也包括在死刑复核程序中的法律监督活动，直至经过死刑复核程序作出生效裁判之后，检察机关的公诉权才真正行使完毕。因此，虽然现行的刑事诉讼法没有规定检察机关可以参与死刑复核程序，但是，应当从宪法及诉讼基础理论的角度出发，积极完善立法，而不能将现有的制度作为抵制和反对检察机关参与和监督死刑复核程序的依据。

（二）检察机关对死刑复核实行监督，是完善审判监督机制，保障司法公正的需要

作为决定被告人生死的死刑复核程序，从实体和程序上把好“杀人关”，对于确保死刑适用的准确性和公正性具有重要意义。但是，死刑复核作为决定公民生命权利予夺的重要的审判程序，更有必要受到有效的外部监督，如果离开了这种有效的外部监督，对其所作出的裁判，一旦发生歧义，就很容易被认为有失公正，从而严重影响公众对于司法的公正度的认可。因此，从外部监督的角度看，作为法律监督机关的检察

机关，有责任对死刑案件的审判过程和结果是否合法实行法律监督；从法院内部的机制来看，死刑复核程序有了检察机关的法律监督，其裁判的准确性和社会认知度会更加精确和提高，这对于法院自身的建设也是一个良好和有利的机制。

（三）让检察机关参加死刑复核，也体现了死刑复核程序的正当性和合法性

我国《刑事诉讼法》广泛地赋予检察机关行使国家控诉权和程序监督权，以保证诉讼程序的顺利、合法地进行，保护被告人及其辩护人的各项诉讼权利。死刑复核作为对二审死刑案件的最后把关程序，复核时应当听取公诉机关的意见，这样才能够体现审判的正当性。我国刑事诉讼法第211条规定：下级法院接到最高人民法院执行死刑的命令后，应当在7日内交付执行，但是，发现有诸如判决可能有错误、罪犯有法定情节可能需要改判、罪犯正在怀孕等情形，应当停止执行，并且立即报告最高人民法院，由最高人民法院作出裁定。《人民检察院刑事诉讼规则》第416条规定，临场监督执行死刑的检察人员在执行死刑前发现有诸如被执行死刑者不是应当执行死刑的罪犯、罪犯不满18周岁、判决可能有错误、罪犯有法定情节可能需要改判、罪犯正在怀孕等情形的，应当建议人民法院停止执行死刑。这样规定的主要目的是为了避免出现错杀或者冤杀的情况，以保障罪犯的合法权益。如果在死刑复核程序中，让检察机关参与复核过程，让检察机关再一次对案件的事实和适用法律进行监督性的复核，就可能提前发现需要停止执行的情形，而减少或者避免在执行死刑现场再发现这些情形，从而更好地实现司法的公平、正义的理念与要求。

（四）检察机关对死刑复核实行监督，是保障人权和树立我国良好的国际形象的需要

生命权是人的各项权利中最为重要，也是最珍贵、最基本的权利。最大限度地限制和减少死刑的适用，也是我国刑事立法和司法的的基本原则。2011年2月25日第11届全国人大常委会第19次会议通过的《刑法修正案（八）》，一举取消了13个经济性非暴力犯罪的死刑，减少了将近20%的死刑罪名。注可见，“少杀”、“慎杀”，避免杀错的死刑政策，最大限度地实现人权保障，乃我国一项宪法原则和基本的刑事政策。检察机关对死刑复核实行法律监督，必将更加有效地确保我国这一基本的刑事政策的正确运用。在目前世界各国间的外交斗争中，死刑问题一直是一些西方国家和世界人权组织攻击我国的重要借口。检察机关对死刑复核实行法律监督，既可以向国际社会表明我国对于死刑适用所持有的慎重态度，又将有利于我国外交斗争的开展，维护我国良好的国际形象。

三、检察机关参与和监督死刑复核程序的基本原则

（一）谦抑性原则

谦抑，即有谦和、抑制之意。刑法谦抑是与刑法万能主义、重刑主义相悖的现代刑法的基本理念。刑法的谦抑性可以从以下两个角度来理解：第一，刑法的补充性。刑法的补充性是基于对法的体系分析而得出的见解，也就是当其他社会调整手段无法进行有效规制则采用刑罚手段予以惩罚和预防，即是刑法的最后手段性。相对于刑法而言，其他部门法则具有成本低、效率高、弊端少等优势，因此从效益角度考察，多用缓和的、低成本的调整方法——民事、行政等调整方法，少用、慎用刑法调整方法是理智的选择。第二，刑法的经济性。刑法的经济性是利用

经济学分析方法，从刑罚产出与投入的成本计算，主张以最少的刑法资源投入，使刑罚运作效果实现最大效益。国家在动用刑罚手段控制犯罪、维护社会正义的过程中，并非动用刑罚越多越好，而是在必要的限度内尽量少用或不用刑罚。因为超过必要限度的刑罚对犯罪人而言是一种残酷的侵害，既丧失了刑罚的正当性也无益于预防犯罪。作为一套完整的刑事司法体制，包括立法、司法、执行等环节，任何一个环节都需要花费大量的人力和物力。国家在对犯罪人适用刑罚的同时，也承担着高额的成本支出，甚至有时会大于所产生的积极的社会效益。这就存在刑法资源的有效配置问题，而经济地动用刑法资源和以付出最小的刑罚成本收益最大化的刑罚效果才是人们的理性追求。

欲实现刑法谦抑，应将惩办与宽大相结合的刑事政策贯穿于刑法运行全过程，限定处罚范围，合理构建刑罚体系，加强刑事司法、执法监督。具体来说，在刑事立法中，刑法谦抑应当成为立法的基本精神和指导原则。在是否动用刑罚权、如何划定犯罪圈和刑罚圈等立法问题的抉择中，要始终以刑法谦抑作为标准和尺度。在刑事司法上对于定罪量刑的运作有着相当大的选择余地。在刑事司法中实现刑法谦抑，首先，要从谦抑司法观念的培养入手，摈除“重刑主义”等传统观念，形成适应法治国家和和谐社会建设要求的平和司法观。其次，要贯彻宽严相济的刑事政策，保障体现谦抑要求的原则和制度得到遵循。在刑事司法中要严格遵循罪刑法定、罪责刑相适应和法律面前人人平等等基本原则的要求，强调宽严相济，在宽与严之间注重平衡、衔接，形成良性互动，适度克减不必要的犯罪认定或抑制不必要的重刑主义倾向。再次，要在司法解释中杜绝类推解释，严格限制扩张解释，防止司法解释超越权限，限制刑罚权的任意扩张。最后，要推进司法改革，积极探索恢复性司法、引进刑事和解制度等体现谦抑要求的刑事司法模式。在刑事执法上刑罚的执行应当体现人道、宽容的精神，即是充分理解不同的人，根据不同的差别来确定合理的一种制裁方式，注重发挥刑罚的教育改造机能，革新刑罚执行方式，为犯罪人重新回归社会创造有利条件。

死刑复核适用的谦抑性原则，指的是适用死刑的必需性、最后手段

性和迫不得已性。[注]所谓必需性就是罪犯的犯罪行为的可罚性已经符合刑法的有关可以判处死刑的罪名的规定，并且，其犯罪行为和后果，也符合刑法和刑法理论中关于判处死刑的法定情节和酌定情节的要求，也就是说，犯罪人的犯罪行为的残忍程度和所造成的恶劣后果，如果对犯罪人不判处死刑，对于受害人和社会而言，就是一种不公正，即所谓“不杀不足以平民愤”、“不杀不足以警戒后人”、“不杀不足以平衡社会利益”。因此，这里的必需性，既包含了法定性，也包含了公正性和社会性。所谓最后手段性，是指已经穷尽了刑法所规定一切刑罚手段后，仍然无法找到能够适合于犯罪人犯罪行为性质的刑罚的情形下，而选择的最严厉的、以剥夺人的生命为目的的刑罚种类。这种最后手段性，实际上也反映了罪犯犯罪行为的严重程度。所谓迫不得已性是与最后手段性密切相连的，使用最后手段的前提应当是出于迫不得已，意即其他任何手段均无法反映或者适合于罪犯所犯罪行的严重程度，只能适用最后的刑罚手段——死刑。因而，检察机关在死刑复核的监督过程中，应当始终坚持慎之又慎、思之再思的态度和原则。

（二）公正性原则

所谓公正性原则是指死刑的适用应当与犯罪的严重程度相适应，这种严重性一般体现在犯罪的客观危害与犯罪人的主观恶性两个方面，这也就要求在死刑适用时须与客观危害和犯罪人的主观恶性相适应。例如，著名的药家鑫案，就是该原则的充分体现。21岁的西安音乐学院大三学生药家鑫，深夜驾着私家车看望女友，途中撞倒骑电动自行车的女服务员张妙，下车后发现张妙在看自己的车牌号，药家鑫拿出刀子，对张妙连捅8刀，致其死亡。该案发生后曾经引起了社会的关注，对于是否应当判处药家鑫死刑，有过不同的认识。2011年4月22日上午，陕西省西安市中级人民法院对药家鑫故意杀人一案进行了公开宣判，一审以故意杀人罪判处被告人药家鑫死刑，剥夺政治权利终身。在审理的过程

中，辩护人提出药家鑫撞人后杀人的行为属于激情杀人，不应判处死刑。法官的回答是：激情杀人一般是指由于被害人的不当言行引起被告人的激愤而实施杀害被害人的行为。本案被告人药家鑫是在开车撞到被害人张妙后，因担心张妙记住其车牌号，为逃避法律责任而实施的杀人灭口行为。被害人张妙在本案中完全是无辜的，从被撞倒直至被杀害，没有任何不当言行。药家鑫的故意杀人行为不属于激情杀人。辩护人又提出，药家鑫系初犯、偶犯，并建议对其从轻处罚，法官认为，初犯、偶犯是酌定从轻处罚情节，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和社会危害后果综合考虑，司法实践中一般只适用于未成年人犯罪和情节较轻的犯罪。对故意杀人这样严重的刑事犯罪，尤其是本案如此恶劣、残忍的故意杀人犯罪，显然不能以初犯、偶犯为由从轻处罚。还有人提出药家鑫父母陪子投案的行为应构成自首，法官认为，我国刑法第67条第1款规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。本案中，被告人药家鑫杀害张妙后，在逃离现场途中又将两行人撞伤，公安机关在处理其撞伤两行人的交通事故过程中，虽然根据被撞的两个行人伤势较轻而药家鑫所驾轿车车损较大的疑点，作为一般怀疑对象对药家鑫进行了询问，但并未认定药系故意杀人案的犯罪嫌疑人。此后，公安机关曾找其询问被害人张妙被害案是否系其所为，药家鑫亦矢口否认。后来，药家鑫在未被采取任何强制措施的情况下，于作案后第四日在父母陪同下到公安机关投案，并如实供述了犯罪事实，其行为具备了自首的法定构成要件，依法应认定为自首。又有人提出，既然药家鑫有自首情节，为什么还要判处其死刑？法官指出，我国刑法第六十七条第一款同时规定，对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。是否从轻、减轻、免除处罚，不能一概而论。最高人民法院2010年2月8日制定的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第17条第一款规定，对于自首的被告人，除了罪行极其严重、主观恶性极深、人身危

险性极大，或者恶意地利用自首规避法律制裁者以外，一般均应当依法从宽处罚。也就是说，对有自首情节的被告人一般应当从宽处罚，但有两种例外情形，即使有自首情节也不能从宽处罚：第一种，罪行极其严重、主观恶性极深、人身危险性极大；第二种，恶意地利用自首规避法律制裁的。综上所述，自首是法律规定可以从轻处罚的情节，但不是应当（或必须）从轻处罚的情节，是否从轻处罚，应当根据犯罪的事实，犯罪的性质、情节和社会危害后果综合考虑。因此，法官认为，纵观本案，药家鑫开车将被害人张妙撞伤后，不但不施救，反而因怕被害人记住其车牌号而杀人灭口，犯罪动机极其卑劣，主观恶性极深；被告人药家鑫持尖刀在被害人前胸、后背等部位连捅数刀，致被害人当场死亡，犯罪手段特别残忍，情节特别恶劣，罪行极其严重；被告人药家鑫仅因一般的交通事故就杀人灭口，社会危害性极大，属于《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第17条第一款规定的第一种例外情形，虽有自首情节，仍应依法严惩。还有人提出药家鑫一案是否超过了审限？法官指出，我国刑诉法第168条规定，人民法院审理公诉案件，应当在受理后一个月以内宣判，至迟不得超过一个半月。该法第165条第（二）项规定，在法庭审判过程中，检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查的，可以建议延期审理。最高人民法院法释（2000）29号《关于严格执行案件审理期限制度的若干规定》第1条规定，附带民事诉讼的案件审理期限，经本院院长批准，可以延长两个月。本院于2011年1月12日受理此案，因本案属于刑事附带民事诉讼案件，根据上述规定，经本院院长批准，本案审限延长两个月，且在审理过程中，检察机关曾建议延期审理，补充侦查，所以，截至宣判之日，本案并未超过法定审限。最高人民法院经复核认为，被告人药家鑫开车撞倒被害人张妙后，又持刀将张妙杀死，其行为构成故意杀人罪。药家鑫仅因交通肇事将被害人撞倒后，为逃避责任杀人灭口，持尖刀朝被害人胸、腹、背部等处连续捅刺数刀，将被害人当场杀死，其犯罪动机极其卑劣，手段特别残忍，情节特别恶劣，后果特别严重，属罪行极其严重。药家鑫在作案后第四天由其父母带领到公安机关投案，如实供述犯罪事实，构成自首，但不足以

从轻处罚。第一审判决、第二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，故依法作出核准死刑的裁定。

从此案的审理程序看，没有过多让人质疑的问题，但是，这里有一个问题尚值得商榷，即被告人的自首情节属于法定从轻处罚情节，法院对其自首情节已经予以了认定，在国家立法不周延（应当对于自首情节的认定给予更为规范的描述）而又与司法解释发生矛盾或者不协调的情况下，究竟应当优先适用谁。如果我们已经建立起了死刑复核监督机制，法院在死刑复核时能够倾听一下检察机关的意见，那样矛头的焦点也就不会仅指人民法院了，法律监督机关对此也应承担解释和监督的责任。所以，我认为，司法的公正性不仅来源于司法者本身，而且，还来源于监督者的责任是否到位。只有在二者均到位的情形下，公正才有可能成为现实。因此，从法治的现实中看，死刑复核程序的公正性原则应当成为检察机关在死刑复核监督过程中所应当遵循的基本原则之一。

（三）稳定和平衡性原则

一个社会要得到正常发展的基本前提就是要保持社会的稳定和利益的平衡，而判处死刑人数的多寡，往往会从一个侧面反映社会的稳定程度。正如我们经常以唐朝贞观年间一年内判处死刑的人数才29名为例来证明贞观年间的社会稳定程度以及政府的清明程度。所谓死刑裁量和适用的稳定，即指死刑的裁量条件、适用人数要保持相对的稳定性，除非在发生了重大的社会动荡的情况下会有所突破，否则，便会给人以社会不稳定的印象。同时，我国各地区之间发展不平衡，死刑适用也极有可能出现不平衡的现象，而我国的司法权却是统一的，因而，为了保证各地区间社会发展的平衡，除了少数省、自治区因民族、宗教信仰、风俗习惯等原因可以作一些变通规定外，绝大多数地区都应当在死刑适用的宽严上保持基本一致，这就要求死刑复核地区间的平衡性。这也是社会

稳定和利益平衡的基本要求。如果死刑适用宽严在各地区之间出现明显的、无法解释、缺乏理由的不平衡，那么也会严重破坏我国司法权的统一性和权威性。这也是检察机关参与死刑复核程序的一个必须遵循的原则。

（四）注重社会效果原则

这里的社会性即指社会的认知度和容忍度。死刑适用是一个政治法律问题，更是一个社会问题。在信息时代，一个案件的审理结果可能会牵动很多人的心，人们可能以不同方式，从不同的视角、不同的理念、不同的立场出发，对案件名头论足，甚至于恶语相加、煽动是非，因此，这就要求我们在保证每一个死刑案件都能够经得起人民和历史的考验的前提下，也不得不适当地考虑社会的反应，也要把民愤和社会舆论考虑在内，社会效果也是我们行使司法权的一个必须参照的重要因素。但是，对于民愤和社会舆论要有一个正确的把握和认识，不能仅仅因为要平息民愤，而放弃司法原则，作出不公正的死刑判决和复核。这就要求我们所作出的建议或者裁定既要维护法治尊严，又要能够反映大多数社会成员的意愿，而不要为“杂音”所干扰。

四、检察机关监督死刑复核程序的方式与内容

对于检察机关参与和监督死刑复核程序的方式，可以根据不同情况，采取不同的方式。比如，对于事实清楚、控辩双方没有争议的死刑案件，可以采取书面审查方式进行审理；对有争议的案件，采取听证审

理的方式；对于重大案件或者争议较为激烈的案件，可以采取开庭审理的方式，但不宜公开审理。

检察机关在对死刑复核实行法律监督时，其身份不是以公诉人的身份进行公诉，而是以法律监督者的身份，以客观、公正的身份出现，仅对人民法院死刑复核的过程和结果是否合法进行监督，以便及时发现和纠正违法的复核行为和错误的复核裁判。从机构设置上可以考虑在最高人民检察院内设立专门的死刑监督机构，专司死刑复核和死刑执行的法律监督职责。具体方式可以包括：检察官出席死刑复核法庭或发表书面意见；检察官列席死刑复核机关的审判委员会或者合议庭的讨论；对于复核机关拟于核准死刑的裁定提出检察意见；在死刑判决生效之前可以提出抗诉。

检察机关监督死刑复核程序的方式与内容可包括：最高人民法院的死刑复核裁决是否合法；最高人民法院的死刑复核案件的合议庭组成是否合法。

五、修改刑事诉讼法时对于死刑复核程序的修改建议

如果要将检察机关参与死刑复核程序的监督机制得到长久的设置和稳定下来，必须在国家立法中予以明确规定，首先就是在刑事诉讼法的修改中，在刑事诉讼法第3编审判第四章“死刑复核程序”中可以考虑增加条款。笔者认为，可以增加4个条文。其一，明确规定核准死刑的法院应受同级检察机关的监督，并听取同级检察机关的监督意见。这是一个原则性规定。其二，明确规定，检察机关认为死刑活动中存在违法行为的，可以向人民法院提出纠正意见；对人民法院作出死刑复核裁定

后，认为确有错误的，可以按照审判监督程序提起抗诉；发现死刑复核案件中有贪赃枉法、徇私舞弊、玩忽职守等犯罪行为的，应当依法立案侦查。其三，明确规定死刑复核程序法定期限应为六个月，重大、复杂案件不得超过一年。其四，明确规定对于重大或者争议较大的死刑复核案件可以采取开庭审理的方式。此外，还可以考虑对于死刑核准权的案件范围，复核材料的报请程序及要求，复核活动的程序、方式，复核结果，复核监督等内容予以明确的规定，以完善我国死刑复核制度的立法。

（原载于甄贞主编：《刑事诉讼法修改与诉讼监督》（上卷），法律出版社2011年9月版。）

---

1. 方文军：《关于复核死刑案件若干问题的规定》的解读，《人民法院报》2007年3月30日。
2. 参见伦朝平等著：《刑事诉讼监督研究》，法律出版社2007年12月版，第189页。423
3. 谢望原、王波：《论 < 刑法修正案（八） > 对刑事处罚制度的完善》，载《法学杂志》2011年第6期，第42页。
4. 参见伦朝平等著：《刑事诉讼监督研究》，法律出版社2007年12月版，第207页。426

私塾教育与义务教育法

——从孟母堂事件谈开去

2006年7月24日，上海市教委发言人就“孟母堂”的办学现象明确表态，认定孟母堂方面同时违反了办学许可的规定、义务教育法的规定和教育收费的规定，属于违法办学，与此同时，松江区有关方面则称将在开学前将“孟母堂”予以取缔。

“孟母堂”的教学内容大致是这样的：“我们不讲课文、不教英文单词、不上一般的小学算术。”在数学的教学内容中甚至涉及到微积分，5名老师就在秉承“读经典、尊孔孟、诵莎翁、演数理”的宗旨下，教授从4岁到12岁的12位孩子。不同于一般小学的40分钟课程，“孟母堂”的私塾式授课每堂课长达近两个小时，其间没有休息，一直连续学习。学生按年龄被分别安排在不同教室里。在这里，老师统一讲课的时间相对较少，五分之四的时间都用作学生自学，背诵经典是他们的头等功课。对此，老师会安排测试。其具体课程安排是：上午8：00到11：30，上课前集体念一遍《弟子规》，课上再将前一天学的《易经》自己读20遍。下午1：30到5：00，英语读经课读《仲夏夜之梦》，老师根据每个同学的水平和能力提出不同要求，然后每人发一台C　D机，每人根据自己的进度，听音、跟读。这些内容沈一灯同学在读，他4岁的学弟也读。

其实这种私塾式的教育方式不仅在上海，在北京、苏州等地都出现了类似这样私塾，如：成立于1998年5月的北京圣陶实验学校，在九年义务教育课程之外，开设了武术、瑜珈、围棋、古诗文吟诵、传统蒙学读物中的三字经百家姓四书五经、京剧昆曲、古筝古琴笙管笛箫二胡埙鼓（每人至少掌握一种）、书法国画、篆刻、中医药，等等。

对于这样一种教育形式目前存在着很大的争议，若从法学角度看，争议的焦点主要有这么几个方面：一是这种私塾式教育是否违反了我国义务教育法等法律、法规的规定？二是我国宪法所规定的公民受教育的权利的具体内涵究竟包括哪些内容？三是我国教育法律体系是否存在着一些影响教育发展弊端？如何完善我国的教育法律体系？

一、私塾式教育是否违反《义务教育法》的规定

（一）私塾式教育的界定及其性质

私塾教育在我国已有2千多年的发展历程。从孔子招收门徒开始，直到1949年以前私塾式教育在我国从未间断过，即使是在清末以来实行新的学校式教育以来，私塾教育在我国的城乡仍然还有着它的一片天地。真正将私塾式教育从教育体系中完全剔除出去，是在1949年以后。那么，何为私塾式教育，这恐怕是我们首先要弄清楚的问题。

从教育史上看，私塾与官学历来是中国几千年来办学的最主要的两种方式，也是学校制度的重要组成部分。西周以前，学在官府，学校统一由官办，称为官学。春秋时期社会矛盾急剧变化，诸子百家蜂起，出现私人讲学的风气，私学也兴盛起来。其中最著名的莫过于所谓孔子门下弟子三千之说了。秦统一以后曾下令禁止私学，至汉代又恢复。在以后的千年时间里，私学就和官学一起，成为中国社会学校制度的重要组成部分。根据《新华词典》的解释，私塾与私学基本上是同一个概念：前者为中国旧时一种私人办的学校；后者为中国历史上指私人开办的学校。[注]可见，私塾与私学在性质上是一致的。塾，即指旧时私人设立的

教学处所。注

由此可见，私塾乃中国固有之学校制度，且在中国发展了数千年之久，曾经培育了无数的人才，是维系中华民族文化发展的重要传承载体，也是中国独具特色的教育制度之一。

那么，私塾式教育的方式又是如何的呢？它们主要以讲授“四书”、“五经”为主，而且以蒙学著称，入学年龄一般在四、五岁左右，授课方式以默记、背诵为主，讲授为辅，强调的是百炼化为柔指绕，在熟练背诵的基础上，由教师根据著名学者或者官府指定的释义或教材向学生讲授。所实行的是授业、解惑式的教学方式。私塾教学的目标是在一定的时间内（一般是十年）学习完国家开设的各类选拔人才考试所必修的课程，以保证学生在各类诸如乡试、会试、殿试中顺利通过，而为国家选拔各级官吏提供优秀的人才。其教学形式可以是在塾馆内集体授课，也可以在家中单独授课，采取何种形式完全视学生的家庭经济条件而定。但是，其授课的内容是一致的，目标也是相同的。就此而言，它与现代教育的目的有着极其相似的一面。只是在教学内容和形式上有所差别。而这种差别是社会发展的结果，我国近代几乎所有的科学家、文学家、教育家、政治家等著名人物，无不受过私塾教育的熏陶和训练。因此，如果以现代眼光一味地去责怪、贬低，甚或全盘否定私塾教育，不仅是无知的表现，更是对中华民族文化的否定。

（二）社会办学和民办学校的性质

1949年以后出生的人，几乎不知道也不能够去亲身体验私塾教育了，官学成为了中国唯一合法的学校制度。从而，统一的教材，统一的教学方式，统一的教学机构，统一的教育体制，统一的人才标准，构成了我国1949年以来教育的最突出的特色。这种特色造就了数以亿计的各个层次和专业的毕业生。直至20世纪末，中国才开始重新审视中国的教育现状，从而出现了一些所谓社会办学和民办学校。根据相关法律、法

规的规定，所谓社会办学是指企业事业组织、社会团体及其他社会组织和公民个人利用非国家财政性教育经费，面向社会举办学校及其他教育机构的活动。[注]所谓民办学校是指国家机构以外的社会组织或者个人，利用非国家财政性经费，面向社会举办学校及其他教育机构的活动。[注]从字面上理解，二者的主要区别在于：对于办学主体的叙述有所不同。前者的办学主体包括企事业单位、社会团体及其他社会组织和公民个人，这里对于办学主体的范围采取了列举式方法；而后者则采取了排除性的叙述方式，笼统地指出国家机构以外的社会组织和公民个人，这里的社会组织也应当包括企事业单位和社会团体。之所以在文字叙述上有所差别，主要还是由于时代的原因，社会力量办学条例颁布于1997年，而民办教育促进法则颁布于2002年，前后相差虽然只有5年时间，其间跨过了新世纪的门槛。从本质上看，二者所叙述的本质内容是一致的，只是文字叙述上不同罢了。二者的相同之处在于：（1）从本质上说，二者的办学主体是一样的；（2）所利用的经费都是非国家财政性（教育）经费；（3）所办的客体都是面向社会举办学校及其他教育机构的活动。可见，从二者的概念和意义上看，二者的性质是相同的，都是由相关社会组织和个人，利用非国家财政性经费，面向社会举办学校及其他教育机构的活动。

（三）社会办学和民办学校与私塾式教育的区别

社会办学和民办学校与私塾式教育的主要区别在于：（1）办学的主体不同。前者既包括个人，也包括企业事业单位、社会团体，后者主要是个人；（2）办学的规模不同，前者是举办学校及其他教育机构，而后者主要是举办规模有限的，以私人教学为主的，有着较强的针对性和目的性的教学模式；（3）经费来源不同，前者经费来源是以企业投资或者社会募集为主，后者主要是举办者自己的经费。二者的相同点即都是利用非国家财政性（教育）经费。

以上只是从概念和性质的角度对社会办学和民办学校与私塾式教育的区别进行了比较，至于它们在办学方式、培养目标等方面的差异，不在本文讨论的范围之内。

（四）对《义务教育法》等有关法律法规关于义务教育和学校标准的审读

从目前的立法来看，有关教育的立法主要有：《教育法》、《职业教育法》、《义务教育法》、《高等教育法》、《民办教育促进法》、《教师法》、《义务教育法实施条例》、《民办教育促进法实施条例》、《社会力量办学条例》等等。其中《教育法》、《义务教育法》是教育立法的核心。《义务教育法》最新版本是2006年9月1日实施的经过修订的法律文本，共63条。该法第二条明确规定，国家实行九年义务教育制度。义务教育是国家统一实施的所有适龄儿童、少年必须接受的教育，是国家必须予以保障的公益性事业。实施义务教育，不收学费、杂费。国家建立义务教育经费保障机制，保证义务教育制度实施。第四条规定，凡具有中华人民共和国国籍的适龄儿童、少年，不分性别、民族、种族、家庭财产状况、宗教信仰等，依法享有平等接受义务教育的权利，并履行接受义务教育的义务。第五条规定，各级人民政府及其有关部门应当履行本法规定的各项职责，保障适龄儿童、少年接受义务教育的权利。适龄儿童、少年的父母或者其他法定监护人应当依法保证其按时入学接受并完成义务教育。第十一条规定，凡年满六周岁的儿童，其父母或者其他法定监护人应当送其入学接受并完成义务教育；条件不具备的地区的儿童，可以推迟到七周岁。适龄儿童、少年因身体状况需要延缓入学或者休学的，其父母或者其他法定监护人应当提出申请，由当地乡镇人民政府或者县级人民政府教育行政部门批准。第十五条规定，县级以上地方人民政府根据本行政区域内居住的适龄儿童、少年的数量和分布状况等因素，按照国家有关规定，制定、调整学校设置规

划。新建居民区需要设置学校的，应当与居民区的建设同步进行。第十六条规定，学校建设，应当符合国家规定的办学标准，适应教育教学需要；应当符合国家规定的选址要求和建设标准，确保学生和教职工安全。

《民办教育促进法》第十一条规定："举办学历教育、学前教育、自学考试助学及其他文化教育的民办学校，由县级以上人民政府教育行政部门按照国家规定的权限审批。"

从上述规定看，国家已经为适龄的儿童、少年享受义务教育规划好了严格的、勿容置疑的体制和程序设置，从入学条件，到经费保障；从政府责任，到监护人、学校义务；等等诸多方面，能够想到的都想到了。其中，特别是第五条，明确要求适龄儿童、少年的父母或者其他法定监护人应当依法保证其按时入学接受并完成义务教育。这里的学校当然是指符合国家规定的办学标准，适应教育教学需要的学校，而又根据第十五条的规定，学校的设置规划的重任自然也落在了各级政府的头上了，而且，还想到了新建居民区需要设置学校的，也应当与居民区的建设同步进行。可谓，无微不至，无可挑剔。这里学校的概念也只能解释为符合国家规定的办学标准，适应教育教学需要的教育机构或组织。显然，私塾类机构或实体不在此范围内。

（五）对私塾式教育违法性的看法

应该说，从法律层面看，私塾的设立并不违反现行的任何法律法规，到目前为止，还没有任何法律法规明令禁止民间开办私塾。但问题是，私塾的设立是否应当遵循教育法关于设立教育机构的规定？私塾究竟应该招收哪些学生？它有无招收适龄学童的权利？它的教学内容设置是否应当符合国家法律所规定的九年义务教育的内在要求？它的管理理念、教学水平、教师资格、教学设施等是否也应当与所谓符合国家规定的办学标准的学校那样统一划一？它是否可以具有自主经营、选择办学

的权利？它的毕业生是否可以享受普通学校学生参加国家升学考试的权利？它的毕业证书能否得到国家的承认？等等。这些问题，在讨论私塾式教育与法律关系时是必须考虑、研究的问题。说到底，还是一个是否能让私塾进入教育市场，而允许其与其他所谓的符合国家规定的办学标准的学校分一杯羹的问题。

从目前法律规制来看，像“孟母堂”这样“不按照义务教育法的规定”开办的私塾，确有违法之嫌，首先违反教育法关于设立教育机构的办学许可的规定，它在没有取得办学许可的情况下办学。其次违反义务教育法关于国家统一实施的所有适龄儿童、少年必须接受的义务教育的规定；再次，违反义务教育法关于适龄儿童、少年的父母或者其他法定监护人应当依法保证其按时入学接受并完成义务教育的规定；最后，违反学校建设应当符合国家规定的办学标准，适应教育教学需要；应当符合国家规定的选址要求和建设标准，确保学生和教职工安全的规定。因此，就目前我国的法律规制看，上海教育行政管理机关若作出取缔孟母堂的决定也不是没有法律依据的。

但是，问题是，取缔孟母堂并不能解决目前教育领域已经出现的私塾式教育问题。应当说，私塾式教育模式的出现，既反映了大众对教育的一种需求，更反映出我国教育领域出现的一系列难以解决的问题，诸如教育质量问题、培养创新型人才问题、教育模式问题、教育目标和方向问题等等。同时，也迫使我们再次审视我国宪法所规定的受教育权的具体内涵问题。

二、各国宪法所规定的公民受教育的权利与教育自由

（一）各国宪法对受教育权的基本规定

受教育权属于宪法权利，其最早被写入宪法的记录是1919年德国魏玛宪法。自从被写入国家宪法以来，受教育权就具有社会权与自由权的双重属性。就其不受侵犯性来说，它是一种自由权，即一种不可剥夺之基本人权；但若将它作为一种由国家由宪法和法律确定的国家义务来说，它则属于社会权，其基本表现即为所谓义务教育或免费教育。

在西方国家的宪法中没有将教育视为国家职能的一部分。例如，德国基本法第7条仅仅规定“教育制度应受国家之监督。”法国宪法第5章“国会与政府之关系”中，明确将教育排除在政府立法之外，只能由国会进行教育立法。日本宪法中没有任何涉及国家的教育目的和教育权力。而且，其学界一般也认为，孩子家长在特定情形下可以拒绝将孩子送到公立或私立学校去接受义务教育，这些具体情形包括：（1）认为孩子在接受教育时，使得其思想、信仰自由等宪法上的权利遭受到侵害；（2）自己实施的家庭教育的内容足以使孩子习得将来进入社会的最低限度的生活能力；（3）国家能够定期检查家庭教育的实施状况。美国宪法也未对教育作任何特别规定，在美国，教育问题主要是一个财政、公益问题，而非行政问题。当家长认为现代教育所教授的内容和价值观同其他宪法权利存在冲突时，可以拒绝让他的孩子继续完成义务教育，其主张和做法曾得到了联邦最高法院的支持。[注]

可见，西方国家并未将教育视为一项积极的国家职能，而更多地将它纳入了自由权的范畴之内。也就是说，是否让孩子接受国家统一的义务教育，作为家长和孩子本身有一定的自由选择权，而非国家的一项强制性权力。

（二）我国宪法关于公民受教育权的规定

我国《宪法》第19条、第24条和第46条对公民受教育权做了一个相

对完备的规定。第19条规定，国家有义务和责任创造各种各样的条件和设施来保证公民受教育权的实现；第24条对教育的内容和目标提出了明确的要求；第46条再次强调了国家在教育青少年问题上的责任。

可见，我国宪法是将受教育权纳入社会性乃至国家性的范畴之内的。对于受教育的自由性只有第46条第1款“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务”这样一个十分笼统的、原则的规定，这样的规定导致了长期以来对于受教育权的理解过于强调其社会性和国家性，而忽略了受教育权的自由性。这无疑是与我国的现有国情有关。而我国的教育法律制度和教育法律体系对公民受教育权的规定也是建立在这种思想之上的。例如，《教育法》第5条规定：“教育必须为社会主义现代化建设服务，必须与生产劳动相结合，培养德、智、体等方面发展的社会主义事业的建设者和接班人。”这种以法律形式确定的教育目标，将教育作为了实现国家总体目标的一种手段，而忽略了教育的多样性和人的多样性。正是在这种体制下，国家已经将教育作为政府的一项内部事务，于是就出现了政府有权对教材选编、课程设置、课时安排、统一考试及学位授予等一系列教育环节进行直接干预和控制，以至于中国的教育机构（学校）都成为了国家教育行政部门的下属机构。于是，学校被分为了所谓由国家教育部直属院校、国家部委直属院校、各省市直属院校、重点学校、非重点学校、民办学校、社会办学校等等，真所谓三六九等，等级森严，并且还更有所谓副部级、正局级、正处级、正科级学校之分，校长也享受所谓副部级、局级、处级行政待遇。这样一个行政教育体制，与教育的原旨是格格不入的。

（三）受教育权与教育自由

受教育权属于人的内在创造性思维活动，它不同于行政活动，更不能与行政活动混为一谈。学校在实施教育的过程中，其中心环节是启迪思想、教授知识和培养技能，其最终目标应当是为社会输送可以适应社

会发展需要的知识型和技术型人才。而这种培养、教育的手段应当是多元的和多样化的，培养的人才也应当是多元化的，一种模式，一个思想培育出来的大部分只能是庸才，它的真正成材，还需要社会的历练和自己的继续努力，于是就出现了所谓在学校里学的东西用不上的问题。即使在我国古代社会也知道因材施教的基本道理，而欲实现这个目标，教育自由乃是最基本的前提。这里的自由当然不是绝对化的，也不是幼稚的模仿，其应当包括：教育手段（方式）的选择权、教材的选择权、教师的选择权、教育机构的选择权等等。但这并不排除国家的干预和监督。但是，国家行政权力在干涉受教育权时用遵循必要的界限，这个界限的基本底线应当是从法律上明确国家在教育领域的义务。该义务可以包括：（1）整备公共教育外部条件的义务；（2）维持全国一定教育水平的义务；（3）确保宗教与教育分离的义务；（4）监督教育机构办学义务；（5）确保教育正确方向的义务。

因此，改革现行教育体制应当成为我们下一个目标。应当看到，正是由于教育与行政活动的不分，才极易造成在招生、考试中出现诸多腐败现象。

（四）义务教育与教育自由

义务教育与教育自由本不矛盾。但如在特定环境下，就可能发生矛盾。义务教育是一个国家的基本教育，其衡量标准一是教育机构培养的完成基本公民教育的人数在整个国家人口中的比重，二是受教育者的教育质量。但对于受教育的手段和过程，则不应成为衡量义务教育的标准，只有多元化的教育方式，才能培养出既接受了义务教育，又得到社会承认受教育者。而这才是义务教育的真正目的。但义务教育也不是扫盲班，它仍是以培养服务于社会的人才为己任的。因此，教育模式的多样化，也不会影响其质量，可以在验收上进行要求，即不论接受何种教育方式，其评价的标准只有一个，或者比较明确，用比较统一的验收标

准，来实现国家对义务教育的监管。

因此可见，义务教育与教育自由，是不矛盾的，选择何种教育方式、接受何种教育手段，只要评估标准统一，就不会影响义务教育的效果。

（五）私塾式教育是否属于教育自由范畴

有人提出了所谓私塾式教育是否属于教育自由范畴的问题，这里我也想谈一些看法。

私塾式教育历来属于教育模式之一，其发展历程已经证明了它的可行性和在一定历史条件下所取得的成就。但是，随着社会的发展，它的教育内容和手段也在发生着变化。这是它存在的前提条件，否则，它就会被历史自然淘汰。所以，我们不必去探讨私塾式教育在当代社会是否能够存在的问题，因为，时代会作出最明智的选择。

教育自由不仅是当代社会的要求，其实也是历代社会发展的结论。私塾式教育可以看成是教育自由发展的结果之一，但是，它更是社会发展的结果，当官学不能满足人们的需求时，私学自然会成为人们的一种选择。但无论如何，它不可能完全代替官学，这一点大家可以放心。那种杞人忧天式的认为私学兴起会威胁官学的说法是幼稚的，甚至是有害的，它会阻滞教育的发展，会影响社会的进步。我认为，所谓教育自由是有其相对性的，只有在教育不自由的时代才能发出教育自由的呼唤，而私塾式教育的再现，不仅不应该受到政府的打压，而更应该成为政府自查和自我反省的一面镜子，是否应当对我们现行的教育体制做一些反思呢？

这里，我们何必又要去探讨所谓私塾式教育是否属于教育自由范畴的问题呢？只要社会有需要，我们就应当尝试。

三、如何完善我国的教育法律体系

（一）改变国家主义至上的传统观念

回顾历史，可以发现，现代教育制度其实是以剥夺人们享有的教育自由为其设立初衷的。

现代民族国家在西方出现之初，面临着封建制度、教会权力的竞争压力。那些呼唤现代民族国家的人清醒地认识到，国家要获得和享有在国内事务中的主权地位，就必须赢得民众的忠诚，因而，也就必须用国家教育体系取代教会的教育体系。

在这之前的中世纪，教育几乎完全被教会垄断，包括欧洲的几乎所有大学，也都是教会创办。正因为此，大学能够借助教会的权威，拒绝世俗君主的骚扰。当然有的时候，大学也借助世俗国家拒绝教会的干预。教会与国家的对立是欧洲大学享有自治、保持学术自由的制度条件。但是，在那些渴望打破教会统治的人看来，教会教育体系教育出来的人对国家的忠诚是可疑的。于是，到18世纪，欧洲大陆各国的专制君主与启蒙主义者结成了一个有趣的联盟：启蒙主义张扬理性，当然厌恶教会；专制君主要确立自己的主权地位，同样痛恨教会。

两者联手开始摧毁教会的教育垄断。应当说，摧毁这种垄断，确实有助于人的自由发展。但是，在这之后，启蒙者与专制君主又立刻把人们驱赶到另一种垄断中。新兴的民族国家建立了国家教育体系，教师是国家的雇员，学生则成为“国家的儿童”。这一教育体系一方面向孩子传授现代科学与理性精神，使之摆脱宗教的束缚；另一方面，则培养学生对国家的忠诚和效忠国家的技能，以增强民族国家的凝聚力。

因此，研究民族主义的学者普遍承认，国家教育体系的建立对于民族的想象的共同体之塑造，具有根本性作用。据此也就不难理解：国家

教育体系最完善的国家，通常也是民族主义情绪最强烈的国家。法国、德国是较早建立起国家教育体系的，日本也在最短时间内建立了完善的国家教育体系。这两者之间有一种相互激荡的关系。

在中国，现代教育观念的引入，在很大程度上也是为了同时完成两个任务：在国民中普及理性的精神，建立国民对国家的忠诚。面对外部入侵，知识分子痛感国人是“一盘散沙”，对于后一目标尤其热心。因而，在上个世纪之交，很多中国学者倡导源于德国、日本的“军国民”教育，即军事化的国民教育，试图塑造一种统一的尚武的民族精神。

现代教育体系的建立过程说明了，历史并不是在直线进步，现代性并不总是可取的。国家创办并维持的现代义务教育体系固然推动了教育的普及，但它也制造了国家对教育的广泛垄断。现代国家教育体系内在地处于一种自相矛盾状态：启蒙主义强调培养人们的理性精神、自由精神，现代教育理论也普遍强调，教育不应压抑孩子的天性，应当尊重孩子的个性。但他们所支持的现代国家教育体系却从一开始就试图把唯一的一组价值灌输给一切孩子。

当然，在不同国家，国家教育体系的垄断程度不等：法国受启蒙理性影响最深，又有中央集权传统，因而国家教育体系的垄断程度也较高。在英美，这种垄断的程度则较弱。私人学校、教会学校在整个教育体系中始终占据着比较重要的地位，国家教育体系试图建立垄断的任何努力都会遭遇方方面面的强烈反弹。令人惊奇的是，这一多样性的教育体系并未导致国民价值观的混乱。这让人们不能不反思：民族凝聚力是否只能通过一元的国家教育体系来维系。

反观“孟母堂事件”，教育行政部门已经把义务教育理解为一种高度强制性、排他性的教育：国家不仅给父母施加一个让孩子接受教育的义务，也给父母施加了一个只能接受国家批准的教学方式和教学内容的义务。这样理解的义务教育就不再是公民对国家主张的一种权利，而成为国家施加给公民的一种无可逃避的强制性义务。这样的理解是否合理？国家或许可以要求，父母都应当尽自己的能力保证孩子接受必要程度的

教育，但超出此一限度，政府对每个孩子接受教育的方式和内容提出更多强制性要求，是否逾越了权力的合理界线？因为这触及到一个根本问题：国家是否有权控制、监管人们的思想、观念与价值？

当然这个问题比较复杂，因为这涉及到公民受教育权问题。这是个宪法问题，前面已经论及。但是，是否因为为了普及统一而划一的义务教育就可以以牺牲公民的思想、观念与价值为代价呢？答案我认为是否定的。正如前面所论及的那样，受教育权毕竟属于人的内在创造性思维活动，教育与一般的行政活动是不同的，政府不能将教育看作自己的内在事务，而要将教育摆放在社会的和自由的位置上，更多地关心人的发展，要树立教育的根本乃“独立之精神，自由之思想”的观念。

（二）完善我国的教育法律体系的几点宏观建议

1、修改《教育法》，强调教育的社会性和自由性，删除过多地强调教育的政治目的的内容。

2、修改《义务教育法》，删除有关对义务教育过分强制化的内容，为教育的进一步多元化、社会化开绿灯。

3、增强法律的可操作性，改废一些过时的、带有部门利益倾向的行政法规和规章，提高立法的透明度，把一些所谓幕后的规定拿到台前来，用国家法律的形式公布之，而不是以所谓内部规定、规章来规范，剪除法律的神秘感。例如，放宽对于教育机构设立的具体条件和标准以及申办手续，扩大政府行政部门的监管权，缩小直至消除政府行政部门的干预权和代办权，建立社会教育评估机构，扩大学校办学的自主权和择生权，尽量缩小统一招生的比例，扩大学校自主招生的权利。

4、在有关规范政府机构行为的立法中，明确政府在教育上的权力和义务，避免政府对教育的过分干预和管制。

四、“孟母堂事件”给予我们的警示

（一）改革教育体制，建立人性化的教育模式和体制

（二）关注民族文化的传承和发扬，采取多元化的教育模式和渠道

（三）以提高全民综合素质为重心，杜绝过分的功利主义倾向

（四）加大教育立法的可操作性，放宽教育市场准入标准，建立灵活的、多元的、开放式的教育体制

总之，对于我国宪法上公民受教育权的理解，我们在重视其国家性质的同时，也需要重视其自由性质。不能使其过度国家化，而淹没了其作为自由权的受教育权，政府应当从对具体的教学内容的审核而转移到教学内容标准的提出和教学内容的评估上，其评判的重点应从选择什么样的教学模式转变为是否可以让学生达到与普通的全日制教育同样的教学目的，而不是简单地指定教学内容和教学方式。其结论应当是：如果“孟母堂”取得了合法的办学资质，同时能够在教学内容上达到教育行政管理部门的义务教育标准，“孟母堂”的教育方式和教学内容是可取的，其符合受教育权的自由权的基本内容。

（原载于《当代法学论坛》2007年第2期，中国方正出版社2007年4月第1版。）

---

1. 《新华词典》，商务印书馆2001年版，第925页。
2. 《新华词典》，商务印书馆2001年版，第911页。
3. 《社会力量办学条例》第2条。
4. 《民办教育促进法》，第2条。
5. 参见[日]藤仓浩一郎等主编：《英美判例百选》，段匡、杨永庄译，北京大学出版社2005年版，第82~86页。

论我国住宅保障法的制定

一、住宅保障法及其体系

（一）住宅保障法概述

1.住宅保障法的概念

法律是构建住房制度尤其是住房保障制度的基础。住宅保障法是指调整关于解决公民住宅问题、实现公民住宅保障权、保证公民住有所居的重要法律。该法在对全体社会成员的住宅权利作出规定的基础上，其重点是保障贫困和中低收入群体及其他特殊群体的住宅权利。为此，该法应明晰国家住宅保障责任，引入政府、住宅合作社等住宅开发主体，打破住宅开发中的市场化垄断。

2. 住宅保障法的性质

住宅保障法及其体系也应当属于社会法中的社会保障法的范畴，其所解决的是住房问题是一个重要的社会问题。从社会学角度讲，任何一个社会都需要有动力机制和稳定机制，市场机制是现代各国经济发展的首选动力机制，而社会保障则充当着首选的稳定机制。

古人云“安居乐业”，意即安居后方可乐业，即有了安全的住所，才会有从事社会事业的快乐。一个人花在居所中的时间，要比花在工作环

境的时间要长。在得不到可接受的居所的境况下，人是无法提升工作效率，无法全心全意地为社会去工作的。

评价一个的生活质量好坏的一个重要的也是最基本的标准就是住房质量的好坏，它既决定着人的身体状况的好坏，也直接影响居民的休息质量和精神状态。住宅过分狭窄和过分密集也是青少年犯罪的因素之一。因为，宽阔的思维和宽阔的胸怀的培养和生成，需要宽阔和宽松的空间，一个人如果长期生活在一个狭小的空间里，就像一个囚犯，他的身心是得不到健康成长和发育的。过于狭窄的空间，极易造成人的思维和心胸的狭窄，从而使其承受生活和精神打击的承受力也会大大下降，特别是对于身心正在发育阶段的青少年，过于狭窄的空间，极易导致他（她）们精神的畸形发展，从而容易引发犯罪的精神和意志因素。

享有舒适的、可接受的住房，对于社会成员的心理和行为的发育、发展会产生深远的影响。享有一个适当的住房可以促进整个社会形成一种积极向上的精神风貌，社会成员会感到心安气顺，会对自己充满自信，会对赡养家庭、培育后代充满信心，从而对于改善社会风气、社会观念产生正面的积极影响，甚至于对于一些社会问题的解决都要具有重大意义。

可见，建立住宅保障制度不仅关系到人民的切身利益，更加关系到社会的发展和国家的稳定，是一项利民利国的关乎民族未来的千秋大业。

3.住宅保障法的调整对象

住宅保障法的调整对象，即住宅保障法所调整的社会关系，可以称为住宅保障关系。其主体包括国家、社会和个人、家庭。

有学者认为，保障的政府机制的形成，或者说导致政府介入社会保障的原因是由于工业化、城市化以及市场经济的固定特征所致。在市场经济条件下，由于“看不见的手”无法增进公共利益，实现公共消费，必

须构造一只“看不见的手”——政府机制的“社会保障”，去实现这一项任务。这也是自工业革命以来为社会多数人们所在地接受的逻辑。还有学者认为社会保障制度的建立是以国家责任为基础的，例如西方一些学者从经济学的角度看待社会保障，认为其是市场经济条件下政府的一项经济职能。为实现社会公平而对国民收入进行分配和再分配。因而，从一般原理看，是市场失效的客观现实和社会对公平的关注，为政府干预经济、插手社会保障提供了理论依据。确实，任何一个国家社会保障制度都离不开政府的参与。尽管近年来西方许多福利国家纷纷进行社会保障制度的改革，减轻和分散政府的责任，调动市场和个人机制的作用，但这只是要解决以往的高福利政策所酿成的政府财政危机并导致经济效率下降这一弊病，就高层自身无法克服的“市场失灵”而言，政府仍应是社会保障关系的主体。当然，政府是一个泛化的概念，社会保障项目的确立、社会保障的管理和运作、监督乃至出现争议的解决，都要通过具体的社会保障机构以及国家的职能部门来操作。因而，在社会保障实施过程中，社会保障职能机构就始终代表着国家一方。而且，由于现代市场经济中的社会保障是政府基本职责而启动的，因而社会保障关系的一方必须是社会保障职能机构，也即国家。

住宅保障关系主体中的“社会”，在我国主要指用人单位、社会公共部分社会服务机构。西方发达国家住宅保障的实践表明：政府通过经济政策手段干预调节经济运行过程的作用是有限的，不可能完全担负起保障的责任。在美国，一些经济学家在分析市场失效的过程中，发现政府也存在失效。“当政府政策或集体行动所采取的手段不能改善经济产率或道德上可接受的收入分配时，政府失灵便产生了。”用这种政府失效的理论保障体制的弊端所在。例如英国贸工部专家指出，英国失业问题还在于半个多世纪来，英国历届政府对“坐吃山空”的高福利政策不敢触及，以致为所欲为业者依赖政府津贴仍能度日，客观上助长了不少惰性。因此，在发展中国家，尤其是在经济转轨国家，例如我国，基于目前的国情，财政基础较簿弱，在“效率优先，兼顾公平”的指导思想下，国家不可能承担起全部或大部分的保障，必须分散到社会或个人，构筑

起一个多层次的社会保障体系。不能片面强调社会保障稳定社会、实现社会平等的作用，还要重视其促进经济发展、提高经济交率的功能。从目前我国许多保障措施来看，无论是“国家、用人单位、劳动者三方负担”，还是“社会统筹与个人账户相结合”，都体现了力图使经济发展与社会公平兼顾的原则，所以社会和个人也是住宅保障制度的重要主体。特别是个人，其在住宅保障制度中主体身份可以说是双重的，不仅是住宅保障被给付主体，在许多项目上还是资金来源主体（从该意义上讲，也有说是给付主体）。

家庭是由个人组成的，因婚姻关系、血缘关系和收养关系而发生的亲属间的一种最基本的社会生活组织和社会细胞，与个人一样，家庭在社会上也同样应当成为住宅保障法所调整的社会关系的对象。因为，在社会上个人生存的方式通常是以家庭的形式存在的，虽然社会上存在着所谓个体家庭（即没有妻儿父母兄弟姐妹的单个人的家庭），但是，人的出生一般是离不开家庭的，即使是孤儿，他也还是有生父生母的，从严格意义上讲，他也同样摆脱不了家庭的烙印和影响。而家庭又是由个人组成的，个人都生活在各个家庭中，因而，既然承认个人是住宅保障法所调整的社会关系的对象，就不可能不承认家庭作为一个特殊的由婚姻关系、血缘关系和收养关系而组成的最基本的社会细胞、组织也是住宅保障法所调整的社会关系的对象。这是一个问题的两个方面，一个个人享有了住宅保障权，并不意味着他所在的家庭同样也享有了住宅保障权；反过来，一个家庭享有了住宅保障权，也不意味着每个家庭成员就当然地享有了住宅保障权。因此，从人权保障的角度看，家庭同样应当成为住宅保障法的主体。

4.住宅保障法调整的关系

概括地讲，住宅保障关系就是在社会保障实施过程中国家、用人单位以及社会成员之间所发生的各种关系的总和。具体有以下关系：

（1）政府与住宅保障实施机构之间的关系。其间包括了委托、管

理和监督的关系，政府委托并管理住宅保障实施机构对社会成员进行给付和帮助，而住宅保障实施机构也要接受政府的监督。

（2）国家与社会成员之间的关系。主要是一种给付关系，明确国家的职责和义务以及社会成员应享受的保障性权利。

（3）住宅保障管理机构之间的关系。它是指住宅保障职能机构由于职责划分的不同而形成的分工协作关系。包括住宅保障资金的筹集机构、管理机构、运营机构和发放机构，它们应各自有明确的分工，但又在职能上相互衔接，构成一个统一运作的整体。

（4）国家与用人单位之间的关系。国家与用人单位之间因住宅保障费用的征收与缴纳而发生的关系。

这些关系并非是单独存在的，它们往往呈现出交错复杂的特点。除此之外，就广义而言，还有住宅保障争议的仲裁与诉讼关系，一般来说，住宅保障诉讼应采用行政诉讼的程序进行。

5.住宅保障法的特征

（1）广泛的社会性

住宅保障法是典型的社会法，因而社会性是住宅保障法最主要的特征。其社会性表现在：第一，目的的社会性。住宅保障之设立即为社会利益，保障社会全体成员的生活安定，所以住宅保障法的目标即在于通过保证社会成员的基本住宅需要来达到社会稳定。第二，住宅保障责任和义务的社会化。住宅保障要获得长久的生命力，需要整个社会的参与，住宅保障通过立法，采取国家、用人单位和社会成员共同负担的原则，将责任和义务分散到整个社会，以资金来源的多渠道来保证社会保障的正常运转。

（2）严格的法定性

住宅保障法是社会法，有其自身的特点，它不同于私法的意思自

治，也不同于公法的国家行使行政权利。它带有明显的国家干预法的特征，是国家为了保障公民的基本生活需要而强行规定的一系列准则，从住宅保障项目的确立、住宅保障资金的筹集和缴纳到住宅保障的享受人群范围，以及住宅保障金的发放都有明确的法律规定，任何单位和个人不能任意更改。

（3）实体法与程序法的统一性

实体法和程序法是对法律功能的划分。规定社会关系参加者实体权利和义务的法是实体法；为保障实体法的实现，规定实体法的运用和实现手续的法是程序法。一般而言，实体法和程序法是一种互为依存的关系，有一定的实体法，就有与之对应的程序法，例如民法与民事诉讼法、刑法与刑事诉讼法。

但住宅保障法则不然，其既有实体性法律规范，也有程序性法律规范，并非具单一特性的实体法或程序法。之所以如此，是因为住宅保障法所调整关系的复杂性。住宅保障法调整的是一个在社会保障领域中由各种社会关系、各个运行环节组成的系统，因而住宅保障法就必须不仅有具体的权利义务的规定，还要有维持程序正常运转的程序性规定。例如社会救助性，既有救助对象所享受的权利义务的实体规定，又有救助对象资格认定以及发放手续的程序性规定。

6.住宅保障立法的基本原则

（1）权利保障原则

即将获得保障视为公民权利和国家义务。

（2）国家责任原则

即提供基本保障、监督管理补充保障计划以及鼓励个人自我保障的多方面责任。

（3）社会参与责任原则

即企业、各类社会组织、社区、家庭和个人共同参与社会保障体系建设的角色和功能。

7.住宅保障法目的与宗旨

住宅保障法的立法宗旨在于确保公民居住权的实现，提高居民居住水平与居民住宅的负担能力，完善住宅市场机制。其基本目的在于建立长期稳定的住宅保障法律实施体系，明确中央、地方和社会以及个人对于实现居民住宅保障的责任与义务，满足多元化住宅补贴需求，促进住宅补贴资源公平有效的运用，以补充现行的民法通则、房地产管理法、城市规划法、建筑法等相关法律之不足。最终在我国构建起一个和谐、稳定、有效、公平的住宅保障体系。

此目的与宗旨应当贯穿于住宅保障法之全部。

8.住宅保障法的内容

按照大陆法系国家立法的基础理论和我国的实际情况，作为调整关于解决公民住宅问题、实现公民住宅保障权、保证公民住有所居的重要法律，其基本内容应当包括：立法之目的、宗旨，主管机关及其权力义务，立法的调整范围（包括保障的主体、客体），保障主体的权利义务，资金的来源与融通，保障住宅的补贴，住宅的品质要求，保障性住宅的物业管理，等。

在确定和理解住宅保障关系的内容上，一个难点就是住宅保障关系的内容是只限于对公民最低生活的保障，还是不仅包括对公民最低生活的保障，还包括了国家逐步提高公民生活质量的保证？

我国与西方国家社会保障的范围是不一样的。西方国家的社会保障是社会福利的一部分，因此许多国家学者认为社会保障只限于对公民最低生活的保障，是社会福利中的最低层次。因此，我们看到的西方“福

利国家”早已超越了这个层次。而我国社会保障制度本身覆盖了社会福利，因而我们的社会保障关系的内容不应只限于对公民最低生活的保障。社会福利是国家为改善和提高全体社会成员物质、精神生活而采取的措施，提供的设备和服务，社会福利是社会保障的最高境界。因此，在我国，社会保障关系的内容应是指后者。但同时要注意的是，由于社会福利的普遍性和高水平，它必须是在经济发展水平达到较高的程序时才能充分实施，否则会导致“福利危机”，阻碍经济的发展，今日西方一些高福利国家的“福利病”就证实了这一点。所以，我国目前社会保障制度还只能将其作为一个未来的发展目标，就目前我国的经济发展水平来说还不一定具备现实的可行性。这也是同我国社会保障“低水平、广覆盖”的精神相适应的。因而，我国的住房保障法所涵盖的范围应当从我国目前的实际情况出发，以尽快解决低收入个人和家庭的住房问题为主，在发展到一定阶段时，可以兼顾中高收入阶层的住房改善问题。

（二）住宅保障法律体系

1.法律体系的概念

法律体系，也称法的体系，是指法律规范以法的部门划分为基础而构成的一个和谐的有机整体。(注)依据系统论的观点，一国的法律体系，是由若干子系统所组成。主要有以下三个子系统：一是部门法体系，它以法调整的社会关系的不同性质作为主要划分标准，是一种横向关系。二是法的效力等级体系，它以法的效力位阶的不同作为主要划分标准，是一种纵向的关系。三是实体法与程序法体系。程序法的设定以实现实体法为目的，其相互关系具有目的和手段、内容与形式的性质，具有纵横交错的特点。无论是在以成文法为主的国家里，还是以判例法为主的国家里，这三个主要子系统都是客观存在的，只是具体形态不同而已。它与法制体系与法学体系既有联系也有区别。法制包括全部法律以及与

法律的制定和实施有关的各项制度，包括立法制度、审判制度、检察制度、监狱制度、律师制度……等等。法制应当包括法律在内，没有法律，也就无所谓立法制度与司法制度。因此，法制体系比法律体系的内容要广泛，它应包括法律体系以及立法体系、司法体系、法律监督体系等。在整个法制体系中，法律体现是核心，是基础，立法和司法等体系的原则和主要内容应当以现行法律为依据。

法律体系属于科学原理的范畴，它对法制建设具有重大的指导意义。它不仅对法的制定和法的实施具有指导作用，而且对于法典编纂、法律清理、法规汇编、法学教育和法学研究的规划与实施等均具有直接的指导作用，它能保证其系统性和科学性，可避免其盲目性和杂乱无章。因此，它也是我们研究各部门法学时必须涉及的重要内容。

2.住宅保障法律体系

住宅保障法律体系是我国法律体系中社会法部门中的子系，其核心应是住宅法或者住宅保障法。由于我国目前制定统一的住宅法的时机尚未成熟，因此，住宅保障法应当成为目前我国住宅保障法律体系的核心。除此之外，现有的建筑法、房地产管理法、物权法中有关建筑物区分所有权等，以及今后可能制定的《住宅公积金法》、《住宅租赁法》等，都可以成为住宅保障法律体系中的一员。众所周知，要实现住宅保障制度，仅凭一部住宅保障法是万万不够的，它需要一个完整的、包含了实体保障、程序保障、资金保障、资源保障、金融保障等一个完备的系统化了的法律体系的支撑，否则，要构建我国的住宅保障体系只能是空谈。根据国外的经验，构建一个完备的住宅保障体系，至少应具备诸如政府与市场相互协调机制、政府对于对低收入家庭的住宅补贴机制、低租金住宅建设机制、税收政策、住宅金融体系等等，这样一个完备的体系的构建是需要时日的，为构建这一体制，仅日本就用了20多年的时间。

因此，在住宅保障法的统领下，在一定的时期内完成具有我国特色

的住宅保障法体系，是我们一项艰巨的工作。

三、制定我国住宅保障法的建议及思考

（一）我国制定《住宅保障法》的必要性

由于我国“住宅法”缺位，保障性住房并非法律规定的政府责任，对地方政府缺乏强制性约束力，导致保障性住房建设往往成为应景之作，远远无法满足保障需求。随着房价持续上涨，中低收入群体的住房保障问题日益突出，“住宅法”立法已迫在眉睫。

1.出台住房保障法，是促进经济社会全面协调可持续发展的客观要求，是改善民生、让广大人民群众分享改革发展成果的重要举措。

对于健全住房保障体系，妥善解决“社会性的弱势群体”住房问题，维护民众基本居住权利，促进社会和谐，具有重要意义。其经济、社会和政治意义体现在：

（1）经济意义

中低收入家庭是经济发展的重要劳动力资源和消费群体，通过住房保障法建立基本住房保障制度，使其以合理的住房消费支出取得基本住房，有利于减少其在住房支出压力，促进劳动力再生产和消费结构合理化，增强消费对经济的拉动作用。同时，住宅保障体系的构建，也会使房地产的市场机制步入正轨。

（2）社会意义

通过住房保障法，保证对中低收入家庭提供基本住房保障，不仅可以使其共享改革发展成果，加快家庭财产积累，培育和壮大中产阶级力量，优化社会结构，促进公民社会的生成，从而促进社会公平，化解社会矛盾，推动整个社会的安定和谐。目前，由于房屋拆迁所造成的影响已经波及社会的各个层面，其中出现这种对立情况的一个重要原因就是我国尚没有建立起一个完备的住宅保障体系，只有到了社会公民不在为住宅问题担心之时，这种因拆迁而引发的社会矛盾方能够得到缓解。

（3）政治意义

通过住房保障法推行基本住房保障，解决人民群众最关心、最直接、最现实的利益问题，体现了政府以人为本的执政理念，对于维护安定团结的政治局面具有重大的意义。

2.出台住房保障法，是世界各国的重要治国经验，也是实现基本人权——住宅权的要求

如何解决低收入人群的住宅问题以及改善低收入住户的居住条件，以实现基本人权——住宅权，是世界各国在城市化过程中共同面对的一个难题。各个国家为了避免其在经济转型过程中发生大的动荡，都试图摸索出一条如何以最小的代价取得最大发展的最佳途径，在摸索的过程中，他们发现，通过完善住宅保障体系，尤其是低收入者的福利性住房保障体系可以以最小的代价解决这个问题。为此，各国都采取了各种政策和措施，如公共住房、房屋补贴、土地供应政策、租金管理等措施。尽管他们所采取的措施不尽相同，但他们考虑这个问题的出发点却是一致的，即：

一是社会稳定的考虑。美国第31任总统赫伯特·胡佛（1974—1964，曾于1899年被毕威克·墨林的采矿公司派往中国担任驻华首席工程师。）曾说过："没有什么东西比住房对人们的幸福和社会的安定更加重要"，如果一国的人民居无定所，贫民区随处可见，人们便最容易

对社会产生强烈的不满甚至报复社会，威胁社会的稳定。因此，让人民安居乐业，是社会稳定的重要基础。

二是人口增长因素。《2010年世界人口状况报告》预测，到2050年，世界人口将超过90亿，人口过亿的国家将增至17个，印度将取代中国成为世界人口第一大国。报告显示，到2050年世界人口将增至91.5亿，比目前增加22.41亿。目前，世界人口总数为69.09亿，其中只有12.37亿人生活在较发达地区。1940年，世界上每100人有1人住在100万以上的城市，到1980年这数字已上升为每10人有1人住在城市。于是。解决新增人口的住房，以及生活所必需的配套设施和服务，包括水、电、煤气、排污、道路交通、学校、医院、商场、市场等便成为了各国迫切需要解决的问题。而住房问题是这些问题中的最基本的问题。

三是拉动经济、扩大就业的需要。据研究发现，住宅建设每投入1万元，可诱发直接相关产业（包括建筑材料、冶金、木材、化工、机电等几十个产业的上万种产品）产出1.93万元，诱发系数为1.93。投资拉动比例可达1:3。[注]同时，每10亿元投入，可以额外制造约12000个就业岗位。

四是政府公共形象。贫民区廉价的出租房，一般过于密集，缺乏基本食用水源，排污、厨房、卫生等设施都存在极大的隐患，也极易引发火灾、疾病、犯罪，这对社会整体环境造成不良的影响，也严重影响政府的公共形象。因此，各国（地区）政府在竞选中有很多都许诺在他这一任内要消灭或减少贫民区的面积，或者干脆许诺立即开展实施住宅保障体系，以从根本上解决公民的住房问题。这也成为了历届政府竞争中的一个重要的筹码。

住房问题是世界共同面临的难题，各国政府都在不同程度上为中低收入阶层解决住房问题提供帮助。1948年《世界人权宣言》便包含住房权利内容。1981年国际住宅和城市问题研讨会通过了《住宅人权宣言》。1996年第二次联合国人类居住会议通过了《伊斯坦布尔人居宣言》和《人居议程》，我国成为签约国。1997年，联合国人居委员会第

十六届会议通过决议，要求各国政府迅速制定或执行各自的住房战略和政策。而美国、英国、日本、新加坡等国也都制定了各种法律，以实现“住有所居”的目标。如美国的1961年《住房法》、1990年《全国可支付住宅法》，英国的1975年《住宅出租和补偿法》、2004年《住房法》，新加坡20世纪60年代的《新加坡建屋与发展法》、《特别物产法》，日本的1951年《公营住宅法》、1955年《住宅公团法》、1966年《城市住房计划法》等。

（二）我国《住房保障法》的制定

我国现行城镇住房保障制度已经形成了自己的特点，即由完全福利性向部分福利性转变；由配给制向非配给制转变；由非商品性向商品化、社会化转变；由以财政政策为主，向财产政策、金融政策综合运用方向转变。目前主要的难点和矛盾可以概括为：高房价与低收入的矛盾；住房分配货币化与工资化的矛盾；经济适用房的较宽（中低收入者）的保障面与廉租房较窄（低收入者）的保障面的矛盾；等等。

1.《住房保障法》的立法情况

我国目前正在开展住房保障体制重构。政府或参与“共有住房”收益分成新房改的制度构建进入冲刺阶段。而其核心就是制定《住房保障法》。

《住房保障法》草案理论版和实践版已经完成融合，并递交至住建部住房保障司，目前正会同各方意见进行修改。当前草案中，不仅宣示了所有公民的居住权利，还打算将住房保障体系纳入地方政府的政绩指标之列。因此，《住房保障法》也被认为是现有中国住房保障制度体系的重构。

其中一个十分敏感的问题就是经济适用房是否进行“共有产权”制度

重构。草案考虑把房子按成股份分成，政府出地、购房人出资金，把所有权量化成股份。经济适用房交易收益分成按股份区分。除共有产权之外，当前的草案，还对租赁房梯度补贴方式、打破户籍局限等领域，都有很大突破。

《住房保障法》于2008年11月被列入第十一届全国人大常委会五年立法规划，住房城乡建设部住房保障司负责该法的起草工作，并于2008年底委托清华大学法学院和深圳市房地产研究中心分别起草该法的理论版和实践版建议稿。

立法起草部门非常关注全国人大代表、政协委员对此的意见，但是立法的进程中，每一个条款出来，其都希望能拿出有力的理论支持。整个进程是，草案目前只是在住建部住房保障司手中。在修订完成后，通过住建部政策法规部门完善，再交由部长办公室呈递住建部部长，年内希望能通过住建部递交至国务院法制办。再由国务院法制办递交到全国人大法工委，进行三读的时候，各方意见的争论会比较集中，有些条款甚至会引发激烈争议。住建部现在对这部法律非常重视，去年他们起草组的专家不断来往北京，住建部另外也组织了3次大规模的会议讨论。实践版大致有80多个条款、清华大学理论版近100个条款，在2009年7月各自修订完后，2009年的11月，整合成100多条的初稿，目前还在和住建部进行反复的讨论修改。

目前住宅保障制度构建中的一个最大的问题是住房保障体系的建设尚缺乏法律支撑。用一句话说就是："法律政策滞后，配套体系不足。"虽然国家投入大量财政，各级政府部门积极发展保障性住房，但现阶段我国在住房保障体系建设中仍欠缺法律支撑。

就住房保障体系的建设，国家层面尚缺乏统一规范的法规制度以及相应实施细则。各地已出台的管理办法在承租人资质认定、最长租赁期限、租赁房建设标准、管理机制等方面存在较大差异。此外，住房保障体系建设缺乏相应的法律支撑，导致各项住房政策随意性大、不稳定。其中，机构、资金、管理等问题缺乏规范，迫切需要加快立法，规范和

引导保障性住房建设。为此，应加快制定　　《住宅法》、《住房保障法》等一系列法律，形成配套的法律体系，明确保障性住房的适用对象、保障标准、资金来源、进入和退出程序、管理和监督机构的职能，以及对相关违法违纪行为的惩处等。只有这样，才能使保障性住房建设有法可依、有章可循，确保保障性住房可持续发展。另外，他还提出要注重相关配套制度建设，如收入申报制度、申请审核制度、公示评议制度、动态监管制度等。

2.《住宅保障法》的框架及其主要内容

笔者认为，我国的住房保障法的基本框架可设计为八大部分，分别为总则、住房保障的对象、住房保障的方式、住房保障的责任机构、住房保障的住房和资金、住房保障的准入和退出、监督管理、法律责任。

第一部分 总则

对立法目的、基本原则等内容作出规定。

立法目的：为保障公民居住权益，实现居者有其屋，根据中国国情制度本法。

基本原则：第一，保障公民的基本居住需要原则。第二，政府主导、社会参与原则。第三，与经济社会发展状况相适应的协调发展、逐步推进原则。第四，在全国统一的政策目标基础上充分发挥各地的积极性原则。

第二部分 住房保障的对象、标准

哪些居民或者家庭应当享受住房保障。可以规定一个统一的个人或者家庭收入的最低标准，也可以规定每人的居住面积最低限额，或者根据各地实际情况来具体规定最低标准。

第三部分 住房保障的方式

规定租赁式保障性住房、产权式保障性住房和住房货币补贴等三种

主要保障方式的形式和内容。此外，对于住房金融和住房公积金的支持方式、住房困难人群的住房救助、被征收或征用人的居住条件保障、阶段性住房困难群体的住房保障、农民工的住房保障、棚户区改造和旧住宅区整治等辅助性保障制度也应作出规定。

第四部分 住房保障的责任机构及其主要职责

住房保障责任机构在中央一级为住房和城乡建设部，在各地方为住房和建设管理部门。其基本职责为：①制定规范住宅保障制度的必要政策、法律、法规；②有效限制土地和住房的投机；③实行公开、公平的住房保障财政、金融支持政策；④制定与采取措施保障公民免于在住房方面受到歧视性待遇；⑤制定国家长期的住宅和土地发展政策，重点要规划出切实保障公民住宅权的政策和具体措施，如在一定期间内建造一定规模的廉价住房，以供低收入者享有；采取适用于一定范畴之内的宽容的、低息甚至无息的房屋贷款政策；等等。

第五部分 住房保障的住房和资金

应规定住房保障的物质基础，可分为两个分部分内容。第一部分规定保障性住房的建设和管理，可就保障性住房的筹集渠道、面积标准、土地供应、布局和区位要求、建设要求、登记和交付使用要求以及相关税费政策优惠等内容作出规定；第二部分住房保障资金的筹措和管理，可就住房保障资金的来源和管理以及中央对地方的财政支持等作出规定。

第六部分 住房保障的准入和退出

规定住房保障实施的程序性制度，可由住房保障的申请和配置以及住房保障的调整和退出两部分构成，前部分规定申请的提出、受理、审核和异议、轮候和配置程序，后一部分规定住房保障的复核和退出的情形及相关的异议和处理程序。

第七部分 监督管理

规定严格的对政府住房保障工作实施情况的监督和考核机制，包括

政府内部监督、考核和监察、审计监督、社会监督等，以及社会信用体系和收入、财产申报核查机制建设、保障性住房的日常管理和监督检查、住房保障对象的档案管理等。

第八部分 法律责任

对于在实现和构建住宅保障体系的过程中出现的诸如弄虚作假、严重违法违约、协助弄虚作假以及国家机关工作人员渎职、严重侵害居民合法权益的种种违法行为，规定行政、民事、刑事责任，特别对于利用职权或者与开发商、相关利害关系人相互勾结共同侵害公民合法权益所应承担的责任，必须予以明确的规定，否则，无法体现保障法的性质。

（原载于《首届京津沪渝法治论坛获奖论文集》，载《法学杂志》2011年S1期）

---

1. 参见李步云：《法理学》，经济科学出版社2000年12月第1版，第267页。
2. 付麦收：《抓住机遇加快经济适用房建设》，载《住房与房地产》1999年第2期。

论城市与法治的关系及城市法治精神的构建

一、城市与法治的关系

城市作为一定区域内的经济、政治、文化的中心，是一个汇聚人口、物资、资本、信息和各种需求，以经济和政治活动为基础，履行政治、经济、科教、文化、交通、服务等多动能的综合体。法治作为人类创造的政治文明，在社会发展中所起到的不可或缺的作用也越来越显著，特别是随着城市信息化、市场化、国际化程度的不断提高，人民对于城市生活质量的要求的不断的提高，决定了在城市发展与正常运转中对于法治水平的要求也越来越高。现在，一个城市法治水平的高低直接影响到城市发展的程度、水平、速度和质量，也更加影响到舆论和大众对于这个城市发展水平的评价和认可度。从某种意义上讲，城市法治水平的高低是衡量一个城市发展阶段和水平的重要指标。

（一）城市纷繁复杂的社会生活需要法治的完善

城市社会的一个最大的特点就是其社会生活纷繁复杂、变动不拘。城市社会人口密度大，人际关系、人际交往与乡村比较起来更为零散、难以统一协调。在这里，人们的消费比起乡村来要高出许多倍，人们如果想要获得比其他更优越的生活质量和条件，就必须在熟悉城市生活的

基础上，通过各种途径和手段去获取更大的财富，而要获取更多的财富的一个前提条件，就是你首先必须融入到这个社会中去，充分适应城市的社会生活环境，适应这种以市场的商品交换为基础的生活环境，因为，城市的发展史告诉我们，商品交换形成了市场，进而产生了交易市场的集散地和伴生物——城市，因此，城市生活的一个显著的特征就是天天必须面对市场交易行为，而这种交易行为又是在交易规则的规范下进行的，而这些交易规则中的很多规范和内容都是以法律规范的形式出现的，法律规范的集合与整理就产生了法律规范体系，有了法律规范体系（即法律制度）便必然要求有相应的解决法律纠纷的机制和司法行政体系相配合，于是，便出现了法治城市和法治国家。由此可见，交易、法治同城市有着必然的联系。交易产生了城市，交易规则的发展与完善产生了法治，城市与法治是互为作用的关系，没有城市的产生和发展就没有对于法治的需要，没有法治的引领，就没有城市的进步与发展，城市现代化，同样需要法治的现代化。

（二）城市错综复杂的社会关系需要法治的调整

城市中的社会活动具有很强的功利性，这是与城市和乡村的所谓“熟人”社会大相径庭的所谓“陌生人”社会的特性所决定的。在“熟人”社会中，人们之间的交往和交易行为其所依靠的是一种纯粹的或者说是接近于纯粹的相互之间的信任关系，这种信任关系一般来讲无需严格的规则加以规范和约束，人们在交易过程中是以相互间的血缘或者亲缘、亲情为纽带，以一种纯朴的、带有天性质朴的信任为基础，即使是出现了问题，也往往通过协商，最多在具有德行的人的出面协调和调解下便可以得到解决，基本上无需通过专门的机构或者组织加以解决，现在在中国那方一些地区仍然存在的家族式的社会生活模式，大约可以对此作出注脚。而在所谓“陌生人”社会，人们之间已经不再依靠血缘、亲缘或者亲情来作为交往的基础，人们互不相识，来自于五湖四海，说着截然不同的乡音，血管里流淌着截然不同的血液，恪守着不同的精神文

化熏陶下的道德规范和信仰，怀揣着各自不同的、秘密的心思和目标，如果他们之间发生交易或者交往，是绝对不能用“熟人”社会模式中的那种信任作为标准或者基础的。那么就需要用一种新的规则来规范和协调这些“陌生人”之间的交易和交往行为，如果他们之间发生了纠纷，那也只能用双方都有能够接受的、能够代表社会上大多数人接受认可的、相对统一规范来解决，否则，这种社会就是无序的和危险的。这种并非来源于“熟人”社会模式的社会关系，必须依靠一个统一的规则和体系来维系，这种规则和体系经过梳理和构建就是人们所说的法治。可见，法治与城市的生存与发展有着密不可分的联系，城市里错综复杂的社会关系是法治存在和发展的基础，也是城市对于统治者和管理者提出的严峻的课题，因而，也就有了所谓的法治城市、法治国家。

（三）城市的不断扩张及发展需要法治的彰显

城市的发展及扩张是所有城市的一个共同的主题，如果没有城市的发展与扩张，人类本身也就不可能得到发展。而在城市扩张的过程中，肯定要遇到诸如土地的利用、征用，人口的管理，城市建设、发展的规划、格局，针对犯罪和罪犯的惩治、矫正、安置，各类民事、行政的纠纷，等问题，而要处理或者解决这些问题，不能仅仅依靠政府的行政的甚至命令的手段和方法，法治——这种带有长效性、稳定性、规范性的手段是不可或缺的。比如，有关土地征用、征收的法规体系，有关罪犯的矫正机制，城市规划制度体系等，均需要用法律的形式予以明确规定，否则，就会陷入无序，甚至危及到城市的稳定与发展。

（四）法治的特性保障了城市政治经济生活的自由及秩序

法治是一种政治文明，也是政治文明的一种制度表现。法治的最基

本的特征就是政府的权力来自法律，因此，政府权力是有限性的权力，当个人权威与法律权威发生冲突的时候，个人权威必须服从法律的权威，只有政府的权力受到宪法和法律的制约才是法治政府。法治的这一特性，决定了任何一个国家的城市建设和城市政治经济生活，都离不开法治的调节和规制，这也表明，一个国家或城市的法治制度都必须达到权力受到法律制约这一基本标准，同时它也是衡量一个国家或者一座城市是否具有良好法治环境的重要评价标准之一。因为，只有这样，城市的正常活动和市民的政治、经济生活才不会受到强权的干预和侵犯。全球现有47亿人口聚集在城市及其周边，到2030年中国将有70%的人口居住到城市里，城市人口总数将突破10亿，这就凸显出城市治理对于实现城市的经济发展、秩序稳定和政治文明的重要性，届时，实现城市人的人身、人格和经济自由，以及城市正常的政治与经济秩序，便成为了城市的一个亟待解决的严重问题，而要实现这个目标，法治便成为了不可或缺的因素，没有法治的城市是不可想象的，而在没有法治的城市里要保障城市人的政治经济生活的自由，维持城市正常的生活、工作秩序，更是不可思议的。因此，一个城市要实现政治经济生活的自由及秩序的正常化，保证城市的正常发展，法治的作用是不可替代的。

（五）城市的发展为法治的发展提供了社会基础和广阔的空间

城市是由人组成的，人的最大的特点便是追求幸福和舒适的生活，此乃人之本性。而城市的创立与发展，就是人的这种本性的集中体现，人类最初建立城市的目的之一就是为了生活的安定与安全，在生活安定下来以后，人们便本能地开始为创建一个美好、舒适的乐园而奋斗。首先人类从生产用于人体装饰的首饰、服饰、衣饰开始，到建筑居住较为舒适的房屋和用于娱乐服务的公共建筑物，直到建筑舒适、豪华的楼台庭院，条件优雅的公共享乐、娱乐、交通设施，这一切的发展无不体现

着人类对于自己美好生活的追求与向往。而正是这种追求与向往，才促成了城市的飞速发展，在这种发展过程中人们之间的关系也在发生着剧烈的变迁。在这些变迁中，逐步形成了具有划时代意义的所谓城市社会。而这种城市社会产生了两个特有的结构性因素——公民与契约。公民乃城市社会关系的主体，契约乃城市社会关系内容的协调的依据。城市居民的公民身份，使得民主政治、市场经济得以在城市里推行，并且成为城市普遍接受的社会得以生存发展的基本要素。城市公民之间的关系的是基于业缘，而非基于血缘或者亲缘，因此，这些素不相识的人之间的交往和交易自然就需要由新的规则加以规范，这种规则就是专门用于协调这种“陌生人”之间关系的契约，契约的最大的特点，就是以公开公正、人人平等、等价交换为基础，以守诺诚信、违约承责为原则，它打破了在“熟人”社会里，以血缘、亲缘为基础而建立的人与人之间的关系。因而，契约成为了人际活动的规范和准则。契约就是法，它把城市人之间的交换过程（行为）以契约（法）的形式规范起来，化解了许多问题和矛盾，使得城市因契约而变得井然有序、和谐、理性。而在当代社会，随着城市社会经济的发展，特别是信息化时代的到来，给城市人的生活带来了质的变化，于是，城市人对于政府提出了更高的要求，比如，希望城市政府的运作透明化，实行政务信息公开，市民充分享有知情权，同时，在城市飞速发展的过程中，城市中遇到的各种情况也比以前复杂，紧急情况和危机事件、社会突发事件也比以前增多，这就要求城市的法治环境要跟上社会发展的步伐，城市越发展越需要法律的介入和法治的现代化，而法治的现代化程度，也直接决定和反映了城市的现代化程度。因为，现代化离不开法治的现代化的支撑。确保城市的安全需要法治，保障城市健康、有序发展需要法治，保护为城市的发展提供知识技术支撑的知识产权需要法治，保护城市的传承文明需要法治，解决城市里的各种纷争需要法治，保障公民合法权益不受侵害需要法治，保证城市美好的生存环境需要法治，防治疾病的流行需要法治，预防和打击各种类型的刑事犯罪需要法治，开发城市新区、建设新兴城市需要法治，等等，总之，城市法治的发展是伴随着城市的发展而发展的，而

城市社会结构的特质又为法治的发展提供了良好的社会基础和广阔的空间。

由此可见，城市与法治是密不可分的，构建现代城市没有城市法治的支撑是不可思议的，城市发展离不开法治，法治的发展也会促进城市的发展，二者是相辅相成、互相作用、互相影响、协调发展的关系，构建世界城市更是离不开法治的支撑。因而可以认为，建设现代城市的关键就是要建设法治城市，法治城市应当是现代城市的一个基本特征和要求，也是构建世界城市的前提和关键。因此，在我们进行城市现代化建设的过程中，法治城市的建设乃是我们一个不可忽视的关键性问题。法治城市建设水平的高低，将直接决定现代城市的建设与发展水平的高低。

二、城市法治精神

如上所论，城市与法治是密不可分的，城市发展离不开法治，法治的发展也会促进城市的发展。但是，在城市法治建设的过程中，城市的精神的培养与确立，对于法治城市的建设同样至关重要。而城市法治精神的确立对于建设法治城市则更为重要和必不可少，因为，城市法治精神是反映城市的文明程度和城市对于法治的认知度及城市人的法治观的主要体现。城市法治观是否确立，确立了哪些理念，直接关系到城市建设的方向和质量。

（一）城市精神概说

城市精神是一座城市的灵魂，是城市市民认同的精神价值与共同追求。城市精神对城市的生存与发展具有巨大的灵魂支柱作用，她凝聚着

一座城市的思想灵魂，彰显着一座城市的特色风貌。一座城市只有打造出自己的城市精神，才能使全市市民上下团结一致、共谋发展。

城市精神是在城市的整个发展过程中自然形成的，具有一脉相承的连续性，贯穿于一座城市的过去、现在与未来。城市精神根植于城市的历史，同时还要彰显时代的精神。由于历史传统、地域环境、思想文化、发展水平等方面的差异，每一个城市、每一种城市精神都是与众不同的，是其所属城市本身特有的，其展现的是城市的独特魅力。好的城市精神不仅能够引导市民团结奋进、引领城市不断发展，而且还能够引导外界全面准确地了解城市、加深对城市的印象，从而提高城市的对内凝聚力和对外影响力。我国各地城市都有自己的城市精神，譬如，南京：开明开放，诚朴诚信，博爱博雅，创业创新；重庆：重山重水 重情重义；无锡：尚德务实、和谐奋进；常州：勤学习、重诚信、敢拼搏、勇创业；杭州：精致和谐，大气开放；宁波：诚信、务实、开放、创新；上海：海纳百川，追求卓越；青岛：诚信、博大、和谐、卓越；济南：诚信、创新、和谐；汕头：海纳百川，负重图强；深圳：开拓创新，诚信守法，务实高效，团结奉献；石狮：团结、自强、务实、奉献；泉州：求是、团结、务实、创新；长沙精神：心忧天下，敢为人先；大连：创造、创业、创世；抚顺：不懈奋斗，无私奉献；成都：和谐包容，智慧诚信，务实创新；吉林市：同舟共济，激流勇进；三亚：极力争取；唐山：感恩、博爱、开放、超越；郑州：博大、开放、创新、和谐；苏州：崇文、融和、创新、致远；南昌：大气、开放、诚信、图强；荆州：筚路蓝缕、和衷共济、励精图治、发愤图强；抚顺：不懈奋斗 无私奉献；太原：兼容 和谐 诚信 卓越；广州：务实 求真 宽容 开放 创新；昆明：春融万物 和谐发展 敢为人先 追求卓越；徐州：承两汉雄风，集南北大成；展英雄气概，铸徐州辉煌；常州：勤学习、重诚信、敢拼博、勇创业；温州：自强不息自主改革自担风险自求发展（1993年），敢为天下先特别能创业（1998年），敢为人先民本和谐（2005年）；九江：融汇九川、敢为人先、勇创实干、追求卓越；新乡：厚善、崇文、敬业、图强；太仓：书承七录船系五洲，毓秀钟灵人

争上游；海门：海纳百川、强毅力行；慈溪：慈惠三北、溪通四海；昆山：开放融合、创新卓越；张家港：团结拼搏、负重奋进、自加压力、敢于争先；安阳：文明和谐、创新超越；鹤岗：创业发展、包容和谐、竞争图强、捷径敢超；襄樊：淡泊明志、宁静致远；金阊：精致卓越、和合昌明；井冈山：坚定信念、艰苦奋斗、实事求是、敢闯新路、依靠群众、勇于胜利；延安：坚定正确的政治方向，实事求是的思想路线，全心全意为人民服务的根本宗旨，自力更生艰苦奋斗的创业精神；大庆：为国争光、为民族争气的爱国主义精神，独立自主、自力更生的艰苦创业精神，讲求科学、“三老四严”的求实精神，胸怀全局、为国分忧的奉献精神。注

这些城市的精神，代表了各自的特色，反映其独到的价值观和使命观。正是这些精神的支撑和鼓励，才使得这些城市在不长的时间内取得了丰硕的成果，赢得了崇高的荣誉，这种精神也必将激励着一代又一代人，踏着先人们的足迹，去创造更加美好的明天。

（二）城市法治精神

城市法治精神是城市精神的派生物，从属于城市精神，其反映了城市的文明程度和城市对于法治的认知度及城市人的法治观。从前列的中国一些城市的城市精神的表述来看，其中极少涉及法治内容，所涉及到的也主要是诚信等内容。

那么，在城市精神中究竟应当体现怎样的法治精神？其具体内涵如何？

1. 主权在民

这是所有民主国家的一个基本法治原则，中国《宪法》第2条规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民”。这是一个基本的法治原

则。人民是城市的主人，也是城市建设、管理的参加者、监督者和受益者，更是城市精神和城市法治精神的构建者。人民的主权者的地位决定了人民应当实际参与城市的政治生活，参与重大社会事务的决策，人民也是法治化城市中对于政府行为和决策的监督者和评判者，是预防和制止权力被滥用和权力腐败的当然的监督者和权力人，任何蔑视人民主权、践踏甚至破坏、瓦解主权在民法治原则的行为和言论，都必须遭到彻底的抵制和鄙弃。因此，城市法治精神的构建首先应当体现和落实主权在民的基本原则，开辟更通畅的渠道，让人民的意见和呼声得到充分地表达和被重视、采纳，让人民的利益得到及时、充分的保障，任何政府的公共政策的制定、实施，必须向人民公示、请人民听证。法治化城市建设中的法治型政府，必须接受人民的监督、回应人民的要求，因此，弘扬人民主权原则对制约政府权力、保障人民主权对于构建现代化城市具有极为重要的意义。

2．公平正义

公平正义，是自古以来人类社会共同的理想和不懈的追求，是各个社会普遍的价值取向。公平正义的主要含义包括：惩恶扬善、是非分明、平等对待、处事公道、利益平衡等内容。作为城市法治精神的内容之一的公平正义的内涵可以概括为：城市市民能够按照法律规定的方式公平地实现权力和履行义务，并受到法律的保护。在构建和谐社会的过程中，城市的和谐就更加重要，而和谐的一个重要方面就是社会各方面的利益得到妥善协调，市民的基本权利义务平等，实现这些权利义务的机会平等，失去平衡的权利义务及时得到合理的矫正，市民的积极性、主动性、创造性得到充分发挥，人与人之间平等友爱、融洽相处，人与自然之间和谐天然。

公平正义的一个最重要的内容是司法公正。城市法治和法治精神的构建，要求司法活动以公正为中心，司法机关一般被看做是公正的化身，司法应是现代城市中和平化解社会纷争、维护公民权利、制约权力

的最具权威和重要的力量。司法公正应是城市法治及法治精神构建的重要内涵。因此，构建现代司法文化对于城市法治精神具有巨大的引导和评价作用。司法公正首先必须依法保障法院独立行使审判权，检察院独立行使检察权；其次，确立公正、中立的司法体制，保障当事人能够参与和影响诉讼程序；再者，确保当事人的诉讼权利义务平等；还有就是设立合理有效的纠错机制，发挥申诉、上诉制度的作用，为当事人寻求法律救济提供必要的途径。

此外，公平正义还有一个十分重要的内涵，那就是充分运用和发挥非司法手段对于解决民间纠纷的作用，其中包括人民调解。所谓人民调解，是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法，促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议，解决民间纠纷的活动。中国具有“和为贵”、“无讼”、“厌讼”的法律文化传统，而通过调解方式解决纠纷则是这一传统的重要体现。人民调解是一项具有中国特色的化解矛盾、消除纷争的非诉讼纠纷解决方式，被国际社会誉为化解社会矛盾的“东方经验”。多年来，人民调解与司法调解、行政调解等共同构成的“大调解”体系，为预防和减少民间纠纷、化解社会矛盾、维护社会和谐稳定发挥了重要作用。2010年8月28日，第十一届全国人大常委会第十六次会议审议通过了《中华人民共和国人民调解法》。截至2009年底，全国共有人民调解组织82.4万个，其中，村（居）人民调解委员会67.4万个，企业事业单位人民调解委员会7.9万个，乡镇、街道人民调解委员会4.2万个，区域性、行业性调解组织1.2万个，形成了遍布全国城乡厂矿的人民调解组织网络。人民调解委员会调解民间纠纷，遵循下列原则：在当事人自愿、平等的基础上进行调解；不违背法律、法规和国家政策；尊重当事人的权利，不得因调解而阻止当事人依法通过仲裁、行政、司法等途径维护自己的权利。从城市范围来讲，人民调解机构主要是指居民委员会设立的人民调解委员会和企业事业单位根据需要设立的人民调解委员会。根据《人民调解法》的规定，人民调解员由人民调解委员会委员和人民调解委员会聘任的人员担任，人民调解员应当由公道正派、热心人民调解工作，并具有一定文化水平、政策水平和法律知识

的成年公民担任。人民调解员在调解工作中有下列行为之一的，由其所在的人民调解委员会给予批评教育、责令改正，情节严重的，由推选或者聘任单位予以罢免或者解聘：偏袒一方当事人的；侮辱当事人的；索取、收受财物或者牟取其他不正当利益的；泄露当事人的个人隐私、商业秘密的。当事人可以向人民调解委员会申请调解；人民调解委员会也可以主动调解。当事人一方明确拒绝调解的，不得调解。人民调解员根据调解纠纷的需要，在征得当事人的同意后，可以邀请当事人的亲属、邻里、同事等参与调解，也可以邀请具有专门知识、特定经验的人员或者有关社会组织的人员参与调解。人民调解委员会支持当地公道正派、热心调解、群众认可的社会人士参与调解。人民调解员调解民间纠纷，坚持原则，明法析理，主持公道。当事人在人民调解活动中享有下列权利：选择或者接受人民调解员；接受调解、拒绝调解或者要求终止调解；要求调解公开进行或者不公开进行；自主表达意愿、自愿达成调解协议。总之，人民调解是一项具有中国特色的、具有深厚中华民族传统文化内涵的法律制度，是中国人民独创的化解矛盾、消除纷争的非诉讼纠纷解决方式。由于人民调解具有扎根基层、分布广泛、方便快捷、不伤感情等特点，在解决纠纷中具有独特的、其他纠纷解决方式不可替代的作用，被称为化解矛盾纠纷的“第一道防线”，被国际社会誉为“东方经验”、“东方之花”。目前，中国有人民调解组织82.4万个，人民调解员494万人。多年来，人民调解组织每年调解的各类矛盾纠纷都保持在数百万件。仅2009年就达到767.6万件，调解成功率达96%以上，当事人反悔起诉到法院的约占0.7%，被法院判决维持原调解协议的近90%。今年上半年，全国人民调解组织调解各类矛盾纠纷300多万件。因此，在城市的法治精神中公平正义乃其中一个基本内涵，而且不仅体现在司法领域，而且还体现在非司法领域。在中国现阶段，公平正义理应成为一个重要的法治精神。

3．诚信守法

敬廉崇洁、诚信守法自古以来就在中华民族的传统文化中有着独特而重要的地位，它们是中国古今名人遵循的基本信义和做人准则。诚信守法也是当今社会最基本的社会准则。自古以来，“仁义礼智信”即为先人提倡并力崇遵循的行为准则，是我们传统文化的精华。我国著名经济学家张维迎教授指出，诚信守法是现代企业的核心竞争力，信用是企业宝贵的无形资产，甚至可以说，企业的唯一资产就是信誉。诚信是企业也是公民的道德底线，而守法则是法律底线。诚信守法始终贯穿于市场经济的全过程。没有诚信社会将面临崩溃，藐视法律构建市场经济体系将成为一句空谈。二者乃当今中国社会必不可少的基本要素。

诚信也是每个人心中的美德，是一种品质，在我们这个人文社会，不管在哪一个方面，都要讲究诚信，诚信是福，一个拥有诚信的人不管在事业方面，还是在生活方面都会取得成功，所以诚信是一个人最为重要的一项方面。

诚信表现在社会生活的方方面面，商业、工作、生活、交友……所有领域都要讲究诚信，人们需要诚信维持关系；商业需要诚信来维持自己的生计，维持与其它公司的合作。诚信可以使他人对自己有好感，诚信也可以让自己的事业和生活得到提高。诚信小到可以使自己的身心得到提高，大到可以使自己一举成名。诚信能够帮助自己取得在事业上的成就，也能取得在生活上的快乐。

对于企业来说，诚信守法既是一种投资，也是一种回报，企业因信用守法而获得股东、债权人的认同，公民因诚信守法而得到社会各界认可。

从城市发展的角度来说，诚信守法要求市民遵守社会公德、商业道德，诚实守信；遵守法律、法规，依法办事。具体来说，诚信就是要做到真诚待人、诚实处事、以诚立身，珍惜信誉、信守诺言、以信立业，平等竞争、以诚实劳动获取合法利益；守法就是要不断强化法制观念和法律意识、自觉遵守法律法规、依法行使公民权利、积极履行公民义务，做到人人学法、知法、守法、用法，依法办事。

对于城市政府来讲，加强信用建设，发展信用经济，各级政府要以政务诚信带动企业、社会诚信。具体来说，一要积极推行公示制、首长问责制、工作责任追究制和机关作风评议等工作制度，把诚信原则贯穿于政府履行管理、监督和服务职能的全过程。二要在企业诚信建设方面，制定行业信用行为规范，加强行业自律；健全和完善企业纳税信誉等级评定制度、信用分类监管制度，加快信用制度、信用体系以及失信惩戒机制建设。三要在社会诚信建设方面，着力引导市民自我教育、自我激励、自我约束，建立、健全个人信用档案、信用体系，引导公民在社会、人际交往中讲诚信、重操守，使诚信建设的要求融入人心，在全社会逐步形成人人诚信、人人守法、人人受益的良好社会环境。

对于企业职工，企业应该建立良好的诚信文化，制定明确的诚信经营准则，加强企业员工的诚信经营教育，增强他们的诚信经营意识，提高他们的诚信经营水平。此外，还应加强以诚信为内容的立法工作，通过立法加强和完善信用制度建设，如建立信用信息的搜集、归档、公开和查询制度，建立信用的评估、担保、监督制度等。同时，还应建立起企业违法失信记录制度，及时对一些企业的违法失信记录进行披露。要通过法律规范机制，支持、鼓励守信者，惩治、制裁失信者。《经济日报》曾经开展过“企业诚信经营大家谈”的讨论，对于在整个社会营造关注产品质量、诚信经营企业的舆论氛围起到了积极作用。

总之，诚信守法应当成为城市法治精神的一个重要内容。

4．有序高效

城市日常的政治、经济、文化活动十分频繁和复杂，要顺利举办这些活动首先就是对于秩序的要求，没有良好的秩序任何事情也办不好。市民的日常生活和活动也离不开城市里良好的秩序，没有良好的秩序生活和社会社会在现代城市是不可思议的。政府的日常活动和为市民服务同样离不开政府内部管理制度和办事规则，这些管理制度和规则的核心要求便是秩序，没有秩序的保证，政府的行为将是混乱的、无序的和缺

乏效率的。无序就无法谈高效，高效的前提是有序，是有规则，因此，有序实际上就是有法治，无法治就谈不上有序，无序也就更谈不上有法治，二者是密切相连的。

有序既然也是法治的要求和体现，那么，法治的一个最基本的要素——公平正义，也必然体现在有序的范畴之内。然而，正义又必须是及时、高效的正义，迟来的正义等于非正义。公平正义的传统含义并不包含效率，但是，随着社会的发展，特别是随着社会生活和进步的速度的加快，信息和网络时代的到来，公平正义理念的内涵日益丰富起来，实现正义所付出的“成本”对正义的影响日益凸显。人们对于司法、执法的效率提出了更高的要求，旷日持久的司法程序和过程已经严重地损害和影响了人们的正常生活和对于司法环境乃至社会的满意度，甚至于直接影响了人们对于政治体制的信任度和社会的认可度。因此，在强调有序的同时，人们还对社会和司法机制提出了及时高效的要求。其意义在于：受到损害的公民的权益能及时得到救济；受损害的法律秩序能得到及时恢复；有利于证据的获取和保存，为查明客观事实，正确处理案件奠定基础；防止权利义务关系长期处于不稳定状态，促进经济活动的流转，增强救济的活力；有效地节约司法、执法成本，实现资源利用效益最大化；及时有效地应付、处置突发事件维护社会稳定。

该原则具体表现在四个方面：

一是提高工作时间效率，及时处理在日常工作和生活中发生的问题和事件，尤其是一些紧急事件和突发事件。在当今社会，对于突发事件的处理是否及时、适当，直接反映了执政者的执政理念和水平。而评价处理突发事件是否适当的一个最基本的标准要求就是是否及时、有效，如果没有达到及时、有效，而是拖泥带水、久调不决，不仅会给市民的人身和财产带来损害，更加严重的是会导致社会成员对于整个社会管理机制甚至制度本身丧失信心和耐心，一旦再次发生类似突发事件，他们便不屑求助于社会管理、治理机制，而是会采取自发的、极端的手段去应对、处理对自己人身或者财产造成损害的突发事件或者紧急事件，那

样的结果就是导致社会秩序的混乱不堪，甚至直接威胁到统治的安定。因此，在现代城市里，随时提高城市管理、治理机构的工作效率，及时处理和应对城市发生的突发事件、紧急事件，乃是对城市管理者提出的一项十分重要的使命。

二是节约管理和治理城市的成本，实行经济型的管理和治理模式，用现实中有限的资源，去创造、实现有效、公正的社会管理机制和模式，以实现最大的社会功效。城市的资源永远是有限的，这些资源包括物资资源、人力资源、自然资源、技术资源、金融资源、文化资源、政治资源等等。总之，如何有效、经济地整合、调配这些城市发展所必须的各类资源，乃城市管理者和治理者的首要任务，应当说，对于这些资源整合、调配的是否适当、科学，是否最大限度或者接近最大限度地发挥了这些资源的应有功效，直接决定了城市管理者的管理理念是否科学，治理手段是否优越，治理结果是否达到了理想的目的，因此，以最低的成本投入、资源消耗取得最佳的社会效果，实现最大程度的正义，是城市法治精神的重要方面，也是体现城市发展水平和阶段的一个重要标志。

三是提高城市管理、治理制度的科学性。一项科学的机制，对于提高工作效率有着极其重要的意义和作用，而一项不合理的制度，则会在更大范围内影响效率。因此，及时高效，便成为我们制定制度和某些机制的基本原则之一。所谓及时高效，就是要求寻求从制度、机制、长远方面提高效率的方法，避免造就不合理的制度而在更大范围内影响效率。

四是在提高效率的同时，不要忽略了有序，要做到二者的结合。因为，如果仅注重高效而忽略了有序，那么这种高效也不会产生应有的效果，失去了秩序就无法达到高效的结果，秩序应当是高效的前提和基础，没有秩序的保障，高效也就失去了意义，高效的目的是为了有序，因为只有在高效的前提下有序才能成为可能；反过来如果只强调秩序，那么高效是不可能出现的，因为，过分强调秩序的结果，很有可能导致

人们创造力的下降，思想的萎缩，而思想的萎缩，则会大大影响社会效率的产生和发挥，如果一个社会或者城市丧失了新的思维，就好像人的大脑的思考停滞一样，就不会产生高效的社会机制，社会发展也就丧失了空间和可能。因此，有序高效乃一个不可分割的城市法治精神和理念，不可偏废任何一个方面。

5．平安和谐

平安是人类与生俱来的需求，人民是否享有平静安定的生活，反映了政府的治理理念是否科学以及治理水平的高低。所谓平安可以理解为平和安定，即生活富足，出入平安，生活祥和。而要达到这个目标，其前提就是社会和谐，人民安居乐业。因此，平安是人类的基本要求，而和谐则是实现这个目标的前提和表现。平安要求人们对于社会具有安全感，也就是说，人们在日常生活中没有人身和财产上的不安全感，平素里对于自己的生活具有足够的信心，不会因为对于社会治安或者生存环境的恐惧感而惴惴不安，终日提心吊胆。这种安定感，是人类本性的要求，没有哪个正常人会愿意生活在恐惧或者不安定的环境中。因此，安定既是人类最普通的要求，也是人们对于法治环境的要求，安定的前提也就是法治的安定，即人们对于法治环境所具有的安全感。因此，这也应当是一个城市的法治精神和要求的内容之一，也是人们评价一个制度是否合理的基本标准之一。动荡不安，混乱无序的社会既非人类所期望的社会，更不符合法治社会的基本要求。

和谐，即融洽，调和。和谐理念无论在中国还是西方社会都是一种国家治理理念。和谐是对立事物之间在一定的条件下、具体、动态、相对、辩证的统一，是不同事物之间相同相成、相辅相成、互助合作、互利互惠、互促互补、共同发展的关系。这是辩证唯物主义和谐观的基本观点。中国古代就有“和谐”理念，其基本内容是：（1）“和而不同”、事物的对立统一，即具有差异性的不同事物的结合、统一共存。（2）政治和谐，一种社会政治安定状态。（3）遵循事物发展客观规律，追

求人与自然的和谐。最早用“和谐”来阐述社会理想的，是《左传》。《左传》中有载：“八年之中，九合诸侯，如乐之和，无所不谐。”孔子也高举“和为贵”的大旗，倡导“和而不同”。此后几千年间，“和衷共济”、“家和万事兴”、“和气生财”等理念，早已成为中国老百姓的社会生活格言和日常生活准则，以及对于理想生活的一种追求的目标。西方的“和谐”思想也源远流长。毕达哥拉斯认为，“整个天就是一个和谐”。赫拉克利特认为，和谐产生于对立的东西。柏拉图把“正义”与“公正”作为秩序和道德的保证，主张“公正及和谐”。文艺复兴后许多思想家都把“和谐”视为重要的哲学范畴。马克思真正把握了“和谐”理念，提倡社会和谐。

总之，和谐是人类对于自然和人类社会变化、发展规律的基本认识，是人们所追求的美好事物和处事的价值观、方法论。所谓和谐社会，就是指一种美好的社会状态和一种美好的社会理想，即全体人们各尽其能、各得其所而又和谐相处的社会。

因此，在现代城市的法治理念之中，平安和谐应当成为我们的一个基本理念，也应当是我们在建设世界城市中的一个基本要求和目标，否则，我们的努力将会失去方向和目标。

（原载于2011年11月14日至17日在山西太原召开的“第六届环渤海区域法治论坛”编印的《2011年环渤海区域法治论坛论文集》）

---

1. 参见http://baike.baidu.com/view/1373428.htm，访问日期：2011年6月14日。

目前中国农村土地流转中的主要问题分析——兼论农村土地流转法的制定

中国的改革开放事业是从农村开始起步的，30年来，中国农村的各项事业取得了引人瞩目的成就。但是，进入新世纪以来，中国农村土地流转中发生的诸多问题，逐渐引起国家和社会各界的高度重视。目前，中国农村土地流转中究竟出现了哪些比较敏感的问题，可能是我们应当首先搞清楚的。

一、农村土地流转中隐含的法律风险

目前，中国许多地方通过流转集体土地来获取工业用地，试图以此推进农村工业化。一般的做法是，村委会等组织通过土地流转，收回已承包到农户的集体土地，建立工业园区。村委会等组织再利用园区土地经营收益，向失去土地的农民进行经济补偿。

根据国家有关土地法律、法规和政策的规定，农村将集体土地分为农用地、建设用地和未利用地三种类型。其中，国家鼓励各种经济组织和个人采用各种形式开发未利用地，其中包括将其改造成工业用地；集体建设用地流转为工业用地，可以从《土地管理法》和《国务院关于发展房地产业若干问题的通知》找到变通的依据。那么，在这三种类型中，法律冲突就集中体现在农用地流转为工业用地的方面了。现在一些

村镇在没有获得批准的前提下流转了大量农用地发展工业，从而改变了土地原定的使用性质，其中隐含了大量的法律风险。具体说来，表现为以下几个方面：

（一）集体土地流转的一些做法违背了《农村土地承包法》的有关规定

1.违背了《农村土地承包法》立法宗旨

《农村土地承包法》（以下简称《承包法》）第1条规定："为稳定和完善以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，**赋予农民长期而有保障的土地使用权，**维护农村土地承包当事人的合法权益，促进农业、农村经济发展和农村社会稳定，根据宪法，制定本法"。这里指出了该法的立法目的和宗旨就是为了保证农民长期而有效地享有土地使用权。一些地方将农用地流转为工业用地明显违背了该条的规定。

2.违背了《承包法》不得非法变更、解除承包合同的规定

《承包法》第14条规定：发包方要"维护承包方的土地承包经营权，不得非法变更、解除承包合同"。《承包法》第26条和第27条又明确规定："承包期内，发包方不得收回承包地"，"承包期内，发包方不得调整承包地"。第54条规定，任何组织和个人违法调整和收回土地承包地要承担民事责任。在现实中，发包方（村委会或其他农村集体经济组织）主动与村民协商土地流转，其实质是收回土地发展工业，发包方在收回农业用地时，收回土地的地域空间和时间顺序会涉及到农民利益分配问题，只能采取家家参与的形式，必然要再次调整承包合同，这样发包方自然就没有承担起"维护承包方的土地承包经营权，不得非法变

更、解除承包合同”的义务规定。

3.违背了《承包法》承包期内不得再要求承包土地的规定

发包方为了规避责任，采取了村民自愿流转方式向村委会或村集体经济组织转让土地承包经营权，其实质就是“交回”土地承包经营权。由于每亩工业用地效益明显高于农业用地，发包方许诺的补偿额比较高，这就造成了村民“有偿”“自愿”交回土地承包经营权的现象。但是，部分村镇为了以后发展建设方便，在第二次土地大承包时，将土地全部收回到了发包方。这种做法明显违背了《承包法》第29条“承包方可以自愿将承包地交回发包方。承包方自愿交回承包地的，在承包期内不得再要求承包土地”的规定。

4.违背了《承包法》未经批准不得将承包地用于非农建设的原则规定

《承包法》第8条规定：“农村土地承包应当遵守法律、法规，保护土地资源的合理开发和可持续利用。未经依法批准不得将承包地用于非农建设。”《承包法》第17条规定，承包方应当承担“维持土地的农业用途，不得用于非农建设；依法保护和合理利用土地，不得给土地造成永久性损害”的义务。第33条规定，土地承包经营权在流转过程中应当遵循“不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途”。《承包法》第42条还规定，承包方之间为发展农业经济，可以自愿联合将土地承包经营权入股，从事农业合作生产。因此，承包方是保障农业用地用于农业生产的主体。在农村的土地流转过程中，通过土地流转，发包方从承包方得到土地承包经营权，此时村委会或农村集体经济组织既是承包方又是发包方，双重法律认定情况明显不合理。既然发包方获得土地承包经营权，就应当履行不得将农业用地用于非农用地的承包人的义务。而在流

转之前，明知发包方将把土地用于非农建设，就有义务履行《承包法》第33条的规定，因此，按照现行法律的规定，目前这种土地流转是不合法，或者说是无效的。承包方也违犯了相关法律规定，应受到严肃处理。《承包法》第60条规定："承包方违法将承包地用于非农建设的，由县级以上地方人民政府有关行政主管部门依法予以处罚"。

5.违背了《承包法》关于承包地不得买卖的规定

《承包法》第4条规定："国家依法保护农村土地承包关系的长期稳定。农村土地承包后，土地的所有权性质不变。承包地不得买卖。"农村土地承包后，土地的所有权性质不变，承包地不得买卖的规定，可以有效保护国家土地所有权。土地国有不能买卖，但为了实现土地资源的有效配置规定了国有土地出让方式。土地出让价格中必然要涉及土地绝对地租和因区位不同产生的级差地租，这部分收益应当归国家所有。农村集体土地未转变为国有土地，而直接采取出租方式发展工业，国家土地所有权的收益没有得到实现，损害了国家的权益。

（二）在集体土地流转用于非农业用地的过程或者履行过程中发生纠纷的法律风险

前面已经分析过，集体土地流转用于非农业用地属于违法行为，因此，在土地流转过程中所签订的任何合同，按照《合同法》第52条之规定，都属于以合法形式掩盖非法目的的合同，属于无效合同，不具有法律效应。因此，任何相关方都可以对此违法现象向法院提出诉讼，相关行政管理部门可以强制解除流转合同。如果出现法律诉讼，其判决结果就唯有：将土地使用权返还给集体，土地流转收益返还给承租方。比如，目前，以出租方式流转集体土地的具体模式大致有三种：一是纯粹由集体组织向企业或个人出租土地，由对方在该土地上建造厂房；二是

由集体组织向企业或个人提供厂房等，但集体组织所出租的物业没有办理非农专用手续；三是名义上由集体组织向企业或个人提供厂房，实际上集体组织只出租土地，由对方在该土地上建造厂房。但无论是哪一种形式，只要出现了法律纠纷，法院判决都将是不利于土地流转方的。

第一种情况因为非法将农村集体所有的土地出租用于非农建设，违反了法律的强制性规定，原、被告所签订的合同无效，要求当事人将因合同所取得的财产予以返还。作为土地出租方不仅得不到原合同中规定的土地租金，还要将已经收取被告的租金退还承租方。

第二种情况由于集体组织擅自将农业用地改为工业用地，其所出租的厂房又没有取得房屋所有权证，甚至没有办理报建手续，根据法律规定，农村集体土地非经批准不得改变土地用途，而房屋出租必须取得合法的产权，为此，法院也只能判决双方签订的合同无效。双方因无效合同所取得的财产，都应返还。

第三种情况法院也同样判定双方签订的合同无效，农民无法得到出租土地的租金和地上建筑物。因为按照法律规定，合同无效，土地返还出租方，但不能取得建筑物的所有权。即使是建筑物为土地所有权人的名义合法报建，承租商为出资方建筑的，返还时要以建筑物中附着物的现值，返还不当得利，将建筑物的投资返还给投资人，出租土地和厂房的投资风险转嫁给了出租方。

因此，就有了一些企业在经营亏损时向法院起诉；一些企业不愿到期无偿放弃地上建筑物给集体，在合同期满之前起诉；一些企业在有意不交付租金引起诉讼。在法院认定合同无效后，双方返还各自不当得利，土地流转方，特别是农民面临巨大的法律风险。现在，许多地方存在大量未经审批就非法流转集体土地，特别是农用地作为工业建设用地，将给农民的切身利益造成不可估量的损失。

二、目前农村土地流转的基本情况

这里我想把我能够搜集到的我国目前农村土地流转的一些情况向大家作一个简要的汇报。这里主要举4个比较典型的例子。

一是重庆市农村土地流转的基本情况

目前，重庆市耕地总面积3078万亩，其中承包耕地面积1995万亩。农民户均耕地面积约3亩，为全国的二分之一左右。农村土地矛盾突出表现为人均耕地少、土地利用率低、产出效益低三个方面。

据农业部2006年初的统计，全国农户家庭承包耕地流转总面积占承包经营耕地的4.57%；同期重庆的农户家庭承包耕地流转总面积113.18万亩，占承包经营耕地的5.67%，高于全国平均水平1.1个百分点，在全国排第10位。截止到2006年底，全市农村土地流转总面积为217.39万亩，占当年农村承包耕地总面积的10.84%，涉及39个区县（不含渝中区）86.35万个农户，占承包耕地农户总数的12.46%。可见，重庆市土地流转的程度在全国是居于前列的。

（一）农村土地流转的基本形式

1.转包。转包是当前重庆市农村土地流转中面积最大、比例最高的一种土地流转形式。全市通过转包形式流转土地总面积108.88万亩，占流转总量的50.33%。

2.转让。转让这种形式的市场化程度较低，多发生在全面取消农业税之前，流转双方基本不考虑市场和价格问题。全市转让流转土地总面积37.94万亩，占流转总量的17.18%。

3.互换。是土地流转初期比较流行的方式。目前全市互换流转土地总面积18.75万亩，占流转总量的8.67%。

4.出租。是目前比较规范、也为各方所普遍接受的一种符合市场化规律的农村土地流转形式。全市出租流转土地总面积43.94万亩，占流转总量的20.31%，仅次于转包。

5.入股。入股是指实行家庭承包方式的承包方之间为发展农业经济，将土地承包经营权作为股权，自愿联合从事农业合作生产经营；其他承包方式的承包方将土地承包经营权量化为股权，入股组成股份公司或者合作社等，从事农业生产经营。这种形式在重庆市尚处于探索和起步阶段，全市流转土地总面积2.55万亩，仅占流转总量的1.18%。

（二）农村土地流转的基本特点

1.流转进程趋于加快。重庆市农村土地流转的起步始于上世纪80年代中后期，进入本世纪后，流转进程趋于加快。2003年农村土地流转面积为104万亩，2006年达到了217万亩，接近2003年的2倍。为了进一步加快流转进程，一些地区作了不少新探索。

2.流转主体趋于多元。随着农村土地流转进程不断加快，一些社会工商企业、农业产业化龙头企业、农民合作经济组织等也参与了农村土地流转，并逐渐成为农村土地流转的参与主体。

3.流转形式趋于多样。随着流转主体的日趋多元化，流转的形式也出现多样化趋势。由过去以转让和互换为主的流转，逐步转变为多种形式并存的状态。

4.区域差异趋于扩大。由于不同区域的农业资源条件和经济社会水平各不相同，不同区域农村土地流转的规模和形式也各不相同，呈现明显的区域分布不平衡态势。

（三）当前重庆市农村土地流转过程中存在的主要问题

及成因

概括起来，重庆市农村土地流转存在的主要问题集中表现在土地流转行为不规范、土地流转中政府定位不当、服务机构不健全、流转机制不完善四个方面。但进一步看，重庆市在农村土地流转中存在的问题，实际上反映出当前农村土地流转在观念、利益和制度等三个方面还存在深层次障碍：

首先，农民“两不”和业主“两怕”是影响当前农村土地流转的观念障碍。

农民的“两不”，指的是全面取消农业税后，农民“不占白不占，占了也白占”心理普遍存在，“不愿”交出其土地承包经营权；另一方面，农民将其农村承包土地作为其生活保障的最后一道防线，“不敢”流转或交出土地承包经营权。业主的“两怕”，指的是业主“一怕”农村土地政策不稳，不敢大胆投入；“二怕”农业生产自然和市场双重风险压力大，不敢大规模搞开发。

其次，土地流转的市场需求不足是影响当前农村土地流转的利益驱动障碍。

农村土地流转的目的在于合理配置土地资源，追求经济效益最大化。而过低的农业比较收益以及农业投资存在自然和市场的“双重风险”，使得各种资本对经营农村土地动力不足，造成了土地流转市场需求不足。此外受农村土地及其附着物不能担保和抵押贷款的政策限制，以及农村金融的缺失，又阻碍了农民和业主发展高投入的农业产业。

再次，农村土地集体所有权归属不清是影响当前农村土地流转的制度障碍。

《宪法》第10条规定，农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有，《土地管理法》第8条和《农业法》第3条重申了这一点。但对“集体所有”的解释，各种法规的界定不一，

导致农村集体所有土地产权归属不清。这种情况下，村支委和社干部在农村土地流转中管理“越位”现象时有发生，使农村土地流转难以真正按效率优先的原则优化组合。

（四）关于推进重庆市农村土地流转的政策建议

根据重庆市农村土地承包和流转的现状，提出以下政策思路：

第一，维护农民利益，切实保护耕地

在城市化的进程中，对多数农民来说，土地既是必需的生产资料，也是重要的社会保障；而推进新农村建设必须确保一定的耕地保有量。因此，必须坚决贯彻落实最严格的耕地保护制度。

第二，多管齐下，大力促进农民承包土地的流转

一是鼓励农民以多种形式对土地进行流转。二是积极探索有效的流转办法，成片集中流转承包土地，结合优势特色产业发展实行集中开发。三是鼓励进城农民自愿放弃承包土地。对这些农民，各地可结合实际给予补偿、补助。四是正确引导各类经营主体参与农村土地流转。

第三，通过建立“土地银行”等形式为农民承包地流转提供中介服务

“土地银行”通过建立土地储备库等形式，将所有农户转出的土地集中起来，吸引社区及社区外的农户和企事业单位进行投资。从各地实践来看，类似中介服务组织还有土地信托服务中心、土地信托服务站、土地流转协会等多种形式。不管采取哪种形式的中介组织，做好这项工作

都应注意几点：首先，要合理地评估托管土地的价值；其次，要沟通土地供给主体和需求主体之间的相互联系，确保农民收益最大化；再次，要建立推动土地规范化流转的管理体制；最后，中介组织自身要不断完善，努力提升土地测量、土地评估、合同管理以及法律咨询等方面的业务能力。

第四，开展农村承包土地合作社试点工作

最近几年，一些地方探索了组建形式不同的土地合作社，从多方面来评价，这项工作都是有益的。2007年7月1日《农民专业合作社法》的正式施行，为农民组建土地合作社提供了较大的法律空间，当然更加明确、具体、规范的法律规定还有待于在以后的实践中加以总结、完善。从政府的角度考虑，开展试点关键是要抓好两项工作：一是搞好基础制度建设。二是加强具体工作指导。

第五，开展农村集体建设用地流转试点工作

近年来，国土资源部已经在江苏苏州、浙江湖州等地开展了农村集体建设用地流转试点工作。目前重庆市在一些地区已经开展了农村宅基地流转的试点工作，关键前提是要做好发证确权工作，试点探索农村宅基地进入土地交易市场的有效途径。

第六，开展征地制度改革试点工作

征地制度改革问题不是一个单纯的土地问题，而是与失地农民的社会保障相联系的社会问题。可以考虑从以下几方面着手进行改革试点：一是制定新的补偿办法，让农民享受到土地征收、征用带来的利益升值，合理分配土地收益。二是建立被征地农民基本生活社会保障基金制度，确保征地补偿安置费用足额到位、专款专用。三是实行有针对性的

补偿安置和基本生活保障措施，做好不同年龄、不同收入、不同阶层失地农民的社会保障体系衔接工作。四是将被征地农民纳入就业和再就业培训体系，通过多层次、多形式的职业培训，妥善解决失地农民的再就业问题。

第七，开展农村土地产权登记制度试点工作

从一些发达国家和发展中国家取得的经验看，对土地财产实行登记制度，不仅可以在法律上为所有权人提供更加充分的保障，而且可以以土地资产抵押，为所有权人提供更多的融资手段。建议重庆市探索开展土地登记制度的试点工作，建立一套完整、系统的试点方案，既可争取中央财政的支持，也可以与国际组织合作，寻求贷款融资。开展这项试点最大收益是能够真正“盘活”手中最有价值的土地资产，走向市场，这对于实现城乡统筹发展具有重大意义。

二是广东省农村土地流转基本情况（中国改革论坛 作者：张征 发布时间：2009.07.28）

（一）农村土地承包经营基本情况

广东省于1997年开始进行第二轮土地延长30年承包期工作。截至2007年12月31日，全省已完成二轮土地承包的村组数为196959个，占全省应开展二轮土地承包198577个村组的99.2%；2007年落实家庭承包经营的耕地面积2844.56万亩，占耕地总面积的97.2%；1088.64万农户签订土地承包合同，占全省农户的98%；已发放土地承包经营权证的户数占全省总农户的96.9%；全省预留机动地面积为31.6万亩，占耕地总面积的1.08%。此外，在一些推行土地股份制的地方，也能够通过向农户发放股权证，明确农户享有与土地承包期30年剩余期限等同的收益分配权。

（二）农村土地承包经营权流转情况

广东省农村土地承包经营权流转始于第一轮土地承包期，在做好土地承包、稳定和完善统分结合的双层经营体制的基础上，结合农业结构调整和农村劳动力转移情况，对土地承包经营权流转进行了多种方式的探索。

截止到2007年底，广东省农村土地流转面积达到513万亩，其中耕地流转面积422万亩，占耕地总量的14.4%。土地流转面积中，农户自发流转178万亩，占34.7%；经农户同意并通过集体统一流转面积335万亩，占65.3%。土地流转涉及农户202万户，占家庭承包经营户的18.2%。广东省土地流转采取的主要形式是转包、入股、出租、转让和互换。其中，转包占土地总流转面积的23.4%，入股占35.9%，出租占29.5%，转让占3%，互换占2.6%，其他形式占5.5%。由此可见，广东省的农村土地流转以入股为最多，其次为出租和转包。

（三）农村土地承包经营权流转的基本特点

1． 土地流转规模区域差距较大

广东省的农村土地流转规模与区域经济发展程度成正比。经济发达的珠三角地区（包括广州、珠海、佛山、中山、东莞、江门、惠州7市）耕地面积为844.2万亩，占广东全省耕地总面积的28.8%，其流转面积为267.7万亩，占到全省耕地流转面积的63.4%。佛山93%的农户土地经营权已经流转。而粤东、粤西、粤北13个市耕地面积占全省耕地面积的71.2%，其耕地流转面积仅占全省耕地流转总面积的36.6%。全省土地流转发展极不平衡，土地经营权流转规模与区域经济发展有着强烈的正相关性。

2. 土地流转形式以转包和入股为主

广东省的土地流转以转包和入股为主，并趋于集中和规范。其中转包和入股共有304.9万亩，占全省土地流转面积的59.4%。如江门市新会区转包和入股分别达到8892亩和54517亩，分别占土地流转面积的12.6%和77.2%，这两种土地流转模式总共占到新会区总流转面积的89.8%。从调查的情况看，在入股的地方基本都已颁发相应的土地承包经营权证和土地股权证，制定了相应的《土地股份合作章程》，并按照章程进行管理。

3. 土地流转组织形式以集体统一组织为主

随着国家一系列强农惠农政策的出台，农民惜地情结增强，加上土地流转供求信息不畅，农户自发流转规模不大且增速缓慢。相当多的土地流转是乡镇政府和村集体为推进农业结构调整和农业产业化经营，有组织地协调推动实现的。广东省土地流转面积中，农户自发流转面积占34.7%，经农户同意并通过集体统一流转面积占65.3%，其中经济发达的珠三角地区高达78%以上。集体统一组织流转一般是由农户委托村集体经济组织或村民小组，或由村集体经济组织、村委会、村民小组在征得农户同意的基础上进行的。在推行土地股份合作制的地区，则由村集体组织牵头进行，土地的经营由股份合作组织统一规划，农民凭股权证长期享有集体的收益分红。如佛山市南海区自上世纪90年代推行社区土地股份合作，实行“土地入股、量化到人、合股经营、按股分红”，将农民土地以入股方式集中到集体，由集体统一规划开发，再通过招标承包（农用地）和出租（厂房、建设用地）方式增加土地收益。这一模式已推广到佛山市4个区县，93%的农户通过社区股份制形式流转了土地。

4. 土地流转中政府引导作用显著

广东省入股和出租流转形式比例较高的地方，大都是政府做了大量的引导工作，规范程度较高。广东省制定了《农村社区合作经济承包合同管理条例》，对省内的土地流转进行了相应的规范化管理。此外，地方也进行了相关规范化、制度化的管理探索，如佛山市通过政府引导促进农村土地流转最为突出，流转形式出现单一化的趋势；佛山市南海区的西樵镇各村成立了集体资产管理委员会，将各经济社的资产合同规范统一管理、统一对外签约，把村民小组与经济社的职能逐步分开。

5．流转土地主要用于高附加值农业

从调查的情况看，广东省流转的土地，特别是由集体统一流转的土地主要用于发展优质经济作物、反季节作物、水产养殖和旅游观光等高附加值农业，很少用于粮食种植。如佛山市南海区西樵镇6万多亩耕地，4万多亩开发成渔塘，近2万亩种植花卉。南海全区仅有较边远的乡镇有少量水稻种植，不足5%。江门台山市海宴镇流转的土地基本全部用于花卉种植，斗山镇田稠村耕地面积4125亩，其中流转土地1170亩，全部用于经济作物种植。

（四）广东省土地经营的主要成效

广东省的土地承包经营权流转，基本按照“所有权、承包权、经营权”三权分离原则进行的，保护了农民的收益分配权，对促进土地适度规模经营和农业结构调整、引进外资、发展“三高”农业、增加农民收入起到了推动作用，其取得的成效主要表现在：

1．推动农业土地适度规模经营

土地流转促进了土地的适度规模经营，提高了土地的利用率和产出

率。土地流转使农村部分土地向种地能手适度集中，实现了土地分散经营向集约经营的过渡，进一步推动了农业生产的规模经营。土地适度规模经营后，土地承包方纷纷加大对土地的资金投入，同时通过平整土地、机耕路建设、完善排灌水渠设施，实行先进的经营管理方式和耕作技术，提高科技含量，改变了过去农户粗耕、粗种，地块零星分散不便耕作和一家一户难以解决的问题，大大提高了土地利用率和产出率。

2．促进农业结构调整，提高了农业经济效益

农村土地承包经营权推动了农业结构调整，特别是促进了特色农业发展，强化了农村经济的市场导向。如湛江市通过土地流转，以市场为导向，加快了农业产业结构调整，发展市场农业、效益农业，形成了全国最大的蔗糖、北运菜、菠萝、剑麻、对虾、桉树、红橙等生产基地，打造了具有鲜明地方特色的木浆造纸、蔗糖、对虾等产业链，发展了2000多家农产品加工企业，年产值达210多亿元，加快了农业产业升级，提高了农产品附加值。

3．促进农村劳动力转移，增加了农民收入

农村土地承包经营权流转使一部分不愿从事种植业生产的农民，从事非农产业的农民逐步让出土地承包经营权，从土地的束缚中解放出来，转移到二、三产业。如湛江市2007年全市农村劳动力转移就业17万人，其工资性收入占农村居民人均纯收入的47.7%。同时，通过规模经营，获得了较可观的经营效益。一方面，农民通过土地承包经营权流转，一般每亩每年可以得到500—800元不等的租金收入，有的达到1000元，远高于种植传统作物收入；另一方面，通过土地流转，洗脚上田的农民可以放心外出务工，部分农民还可以在租用土地的企业和业主打工，一般每人每天可以增加30—50元不等的收入。

4．有利于生产要素的优化配置

土地流转可以更好地促进生产要素的优化配置，促进农业资源开发。一些工商资本和社会闲散资金纷纷进入农业生产领域，参与农业开发，有效促进了土地、资金、技术、劳动力等生产要素向种养殖大户、农业企业聚集，优化资源配置。土地规模经营也催生出一大批新型种养专业大户和农业龙头企业，辐射带动周边农村、农民的发展，促进农业开发。如湛江市有市级以上农业龙头企业62家，销售收入达130多亿元，出口创汇2亿多美元，直接带动农户35万多户，户均增收3200多元。

（五）各地的主要做法和措施

1．佛山市南海区的土地股份制做法

1992年，广东佛山南海农民开始试行土地股份制，核心内容是将集体财产及土地折成股份，把全村或全社的土地集中起来，由管理区（现行政村）或经济社（现村民小组）实施统一规划、管理和经营，配股对象以社区户口为准则确定，并根据不同成员的情况设置基本股、承包权股和劳动贡献股等多种股份，以计算不同的配股档次，按股权比例分红。就此，村集体以股权证换取农民手上的承包权证，从而取得了对社区土地的经营权。

以南海为例，南海土地股份合作制的基本做法是：（1）分区规划。即把全市肥沃的土地划定为农田保护区，并改分包经营为投包经营；把靠近城镇及公路的土地或山坡地划定为工业发展区；把靠近村庄的土地划定为商业住宅区。（2）土地及集体财产作价入股。作价入股后，把全村或全社的土地集中起来，由管理区（现行政村）或经济社（现村民小组）实施统一规划、管理和经营。在股权设置上，以社区户

口为准确定配股对象，大部分村社设置了基本股、承包权股和劳动贡献股等多种股份。（3）股利分配和股权管理。成立村集体资产管理委员会，将村委会的公共管理职能和经济发展职能相分离，负债通过村集体资产管理委员会独立法人按照市场化和相关法律程序解决。

2．江门市新会区的土地三分化办法

江门市新会区梅冈村2005年底，抓住新一轮土地调整的机会，在征得全体村民一致同意后，制定了《土地流转生产结构调整优化方案》，组织实施土地流转和集约化经营。具体做法是：村委会向村民小组抽调5%土地集中开发工业区，余下土地在保证每个村民最少领有0.5亩口粮田的前提下，村民自愿将剩余土地交由村委会统一组织对外发包，所得收益按土地权属归还各村民小组。结合土地流转，村委会对农业生产布局进行规划，以提高土地的综合利用和获取最大效益。严格规定把土地划分为三个耕作区：一是村民自耕水稻区。将农民领取口粮田统一安排在一个作业区，便于田间管理，提高粮食产量。二是村民的口粮田流转发包区。将村民自愿不耕作、不领取的口粮田集中一处，由村民小组统一对外发包给外商或本地能人，连片开发经营，流转收益“按土地承包权所有”全部返还给村民本人。三是村民小组集体发包区。规定村民小组在分配村民口粮田后剩余的土地集中在一个区域，由村民小组统一对外发包，所得收益由各村民小组所有和支配，用于日常开支和福利事业开支，年终剩余收益分工给每个村民。

3．韶关市梅花镇的农业合作社和大户带动模式

韶关市梅花镇是传统的山区农业镇，工业非常不发达。其土地流转模式主要依靠大户带动，成立农民专业合作社，农民以土地入股。梅花镇的绿源蔬菜流通专业合作社由其周边的45位流通商和菜农组成，合作社在农户以土地入股的同时，以每亩地300元/年的租金向农户连片租

用，然后再把地块调整给有劳动力的农户种植。其具体办法是：（1）合作社每年从盈余中提取10%的公积金，用于扩大生产经营，弥补亏损或转为成员出资。（2）合作社从当年盈余中提取5%的公益金，用于成员的技术培训、合作社知识教育以及文化、福利事业和生活上的互助互济，其中用于成员技术培训和合作社知识教育的比例不低于公益金金额的50%。（3）剩余分配余额按照成员与合作社的业务交易量比例返还，返还比例不低于可分配盈余的65%。（4）剩余部分以成员账户中记载的出资额和公积金份额，以及合作社由国家直接财政补贴和他人捐赠量化到各人的份额，按比例分配给社员。（5）合作社如果出现负债，由公积金弥补，不足部分也可以用以后年度盈余弥补，如果还不足，则由社员按照比例分担，但不超过出资额。

（六）主要经验总结

1. 土地流转必须同产业发展紧密结合

土地流转的目的在于优化生产要素的资源配置，提高土地的产出效益。土地流转过程中必须同步考虑人的转移和产业的发展。如果不能解决人的就业问题和转移相应的农业劳动力，土地流转的发展是不稳定和无法持续的。此外，土地流转也必须依托产业发展作为支撑。从广东的经验看，产业的发展对土地流转起到了重要的支撑作用。产业发展有三方面的支撑作用：一是产业发展带来土地需求，要求一定程度的土地规模经营；二是产业发展可以将城市或民间资本注入农村，提高农业发展附加值，增加农民收入；三是产业发展可以解决一定数量的劳动力就业岗位。

在寻求产业支撑的过程中，企业和个体私营大户成为重要的推动力量。农户间自发的土地流转，既取决于就业状况和收入水平，又受到信息不畅和中介服务缺乏的限制，而企业和个体私营大户由于拥有技术、

市场、信息和资金优势，成为土地的主要需求方和土地流转的推动力量，乡村组织对土地的集中连片开发、组织股份专业合作社也往往有企业和大户推动的背景。这些企业和个体私营大户一般都掌握着相关的产业发展资源，对土地经营具有控制和谈判优势。

2．政府侧重于提供规范、有序、高效的土地流转服务

政府可以成为土地流转的引导力量，但不应成为推动力量。在土地流转的过程中，应严格本着“依法自愿有偿”的原则，由市场去决定是否进行土地流转，而不能通过政府主导的方式进行。在土地流转中，始终坚持平等协商、自愿有偿、流转期限不超过原承包合同规定期限、以及不改变所有权和土地农业用途等原则，充分保障农户的合法权益。政府不应过深地介入到土地流转的经营活动中去，而应为土地流转提供更好、更规范的服务和信息建设，建立起市场的供给—需求信息服务平台。特别是对土地流转合同的规范化、土地流转纠纷调解、相关法律咨询、服务信息平台建设等方面多下工夫。

3．各方兼顾的土地股份制利益分配办法

广东省是我国较早实行土地股份制的地方，具有比较丰富的土地股份制管理经验，其中重要一条就是各方兼顾的利益分配办法。在土地股份制的地方，利益分红一般同时兼顾村集体经济组织、农户、企业、村集体管理者、回迁农户等各方利益。同时将股权进行细分，分为基本股、承包经营权股和劳动贡献股等多种股份形式，这对于深刻挖掘土地承包经营权的内涵、权利细分、增强集体经济实力、协调各方利益关系等方面都具有重要的借鉴意义。

4．村集体经济组织管理职能与经济发展职能相分

离

从广东省土地股份制最新的发展趋势来看，村集体经济组织已经开始出现管理职能与经济发展职能相分离的趋势。随着村集体经济的不断发展，市场风险不可避免，有些村集体已经开始出现负债，由于村集体经济组织的市场法人地位一直无法在法律上确定，就使得村集体经济组织无法担负起相应的市场风险。在这种情况下，广东省的一些股份制村集体已经开始将村集体经济组织的管理职能与经济发展职能相分离。成立了相关的村集体资产管理委员会，具体负责村集体经济资产的增值运作和承担市场风险，而村集体则将重点放到村务管理和公共品提供上，这种管理模式的改变对其他地区也是一个很好的借鉴。

（七）值得关注的问题

1.土地流转市场机制不健全，流转操作流程不规范

尽管广东省土地流转发展较早，流转规模较大，但土地流转的市场机制依然存在很大的不健全性，流转操作流程仍有很多不规范的地方。由于受到各种因素的制约，流转市场还不完善，流转形式也是以转包和入股为主，相当一部分流转还是在邻里和亲戚之间进行，处于自发阶段，既缺乏明确的法律依据，又缺乏有效的市场机制，难以通过有效的流转实现农地资源的优化配置。特别是农户之间的土地流转，双方往往图方便而不遵循一定的程序以及履行相应的手续，也没有通过流转合同或者契约来规范双方的权利和义务关系，通常采用口头协议的方式私下进行流转，造成土地承包关系的混乱，为日后土地纠纷留下隐患。

2.发展效益农业与粮食种植会时有冲突

目前广东土地流转的绝大部分土地都是发展效益农业，特别是有企业介入的土地流转，用于粮食种植的只占很少一部分。这对于从总体上把握我国的粮食安全是一个不利的影响。土地流转的目的主要是发展规模经营，增加农业附加值，相对于比较效益较低的传统的粮食种植，发展效益农业更具有诱惑力和竞争力。但保证一定的粮食生产是我国社会经济发展的重要基础和国家稳定的重要前提，如果流转土地全部用于非粮食生产，会对保证国家的粮食安全造成一定影响。因此，如何有效地激励土地流转进行一定的粮食种植也是国家需要认真考虑的一个问题。

3.土地股份合作社缺乏明确的法律地位

在目前推行的农村土地股份合作制的过程中，普遍以村为单位，相应建立了土地股份合作社。这种机构与村委会同地点办公，一般是一套班子、两块牌子。在组织形式上，土地股份合作社类似于股份公司，有股东、董事会以及经营班子等，但实际上不具备股份公司的法律资格。一是没有工商登记注册，不具有独立法人资格；二是没有税务登记，进行分红时在税法上是违法的。它与《公司法》规定的股份制公司设立的条件相去甚远。在行政机构职能上，它具有行政性，但又不是政府行政管理部门，不具有行政管理职能。在社会服务机构职能上，由于它具有股东、股份，与社会服务机构有很大不同。因此，从我国现行的法律法规来看，土地股份合作社缺乏明确的法律地位。

4.村集体资产的管理方法需要进一步规范和探索

在广东土地股份制发展较早的地区，村集体经济较为雄厚，集体资产较为庞大，对于村集体经济组织这种既承担一定行政管理职能，又承担一定社会服务职能，还要承担经济发展职能的特殊组织形态，在集体资产管理问题上已经开始暴露出其先天不足。经济发展与行政管理在某些领域和时候是相互冲突的，这就造成许多村集体经济组织对村集体资

产管理的混乱，同时上级部门也无法对相关资产进行监管，造成一定的社会不稳定因素，因此，有必要对村集体经济的资产管理制度进行规范，探索一套适合当前发展形势的村集体资产管理办法。

三是安徽省农村土地流转情况

当前，安徽省土地流转率偏低，土地流转速度不是在加快而是处在停滞状态，这与农村经济发展的要求极不相适应。

（一）存在的问题

一是流转耕地不多。调研村庄流转耕地2019亩（不含代耕方式流转的土地，以下同），占全部耕地的12.4%。其中，小井庄村流转耕地800亩，占该村全部耕地的16.7%；民主村流转耕地1100亩，占该村全部耕地的22.9%；将军村流转耕地119亩，占该村全部耕地的3.0%；黄花村没有流转土地。

二是流转方式不够灵活。调研村庄土地流转方式只有出租、出让两种，其中出租土地1679亩，占流转耕地的83.2 %；出让耕地340亩，占流转耕地的16.8%。互换、入股等其它土地流转方式推进的难度很大，尽管生产经营大户呼声很高，但实际发生的非常少。

三是农户经营规模不大。调研村庄，经营规模在50亩以上的，只有10户（企业），占全部农户数的0.33%；经营规模在20～50亩耕地之间的农户，只有23户，占0.76%；经营规模在10～20亩耕地之间的农户，有255户，占8.32%；高达90.6%的农户，经营耕地面积在10亩地以下。

（二）不同利益主体对农地流转的意向分析

一是“半工半农”的农户。这类农户数量大、比例高，占50%以

上。家庭男劳力以外出打工为主，农忙季节回乡务农；女劳力以在家务农、看管小孩、照应老人为主。他们的主要收入来自非农收入，非农收入占家庭收入的比重在60%以上。他们的父母和小孩在农村生活，对土地的依赖性较强，一般情况下，不会对外流转土地。

二是主要劳动力常年在外打工的农户。这类农户约有20%。他们的收入来源主要是非农收入，占家庭收入的比重在80%以上。由于没有时间经营土地，这部分农户往往留下少量土地交由在家的父母耕种，而将大部分的土地委托给亲戚或邻居代耕，或出租或入股给他人（公司）。这部分农户是土地流转的最大潜力所在。随着非农收入的增加，工作趋于稳定，这部分农户有可能会流转出更多的土地，但进展比较慢。

三是主要劳动力常年在家务农的中小农户。这类农户占到20%左右。或因小孩小、父母年纪大需要照看，或因主要劳动力有病缠身，或因自身知识少、智力低等原因，这类家庭的主要劳动力在农村务农。耕种的土地较少，多在10亩地左右。这类农户经济来源单一，农业收入是他们的主要收入，生活比较困难，他们绝不会将自己的土地流转出去，反而希望能够增加耕地。

四是种田大户及村干部的意愿。种田大户，是指家庭主要劳动力从事农业生产，家庭收入主要来自农业收入，耕作农田在50亩及以上的农户。这类农户数量少，比例低，约占5%左右。村干部与种田大户对土地流转的态度和意愿很接近，迫切希望通过土地流转，增加耕地规模，获得更多的规模效益。他们是加快土地流转步伐的最坚定支持者。他们认为，政府应该鼓励真正的种粮户，要求调整农业综合补贴办法，应直接补贴给实际种田者；要求按照种田规模的大小确定农业综合补贴的标准，多种多得，少种少得；要求新增农业补贴资金应直接补给种田大户。他们要求将现有农户的承包地划分为“口粮田”和“商品粮田”，并且认为每人的口粮地保持在3分地左右即可，其余的应该是生产商品粮的；而生产商品粮的土地应该收回，重新发包给种田大户，或统一入股到村集体经济组织。他们还要求收回那些举家外迁农户、户口迁出人

员、外嫁或死亡人员的承包地。

（三）制约当前安徽农村土地流转的主要障碍

据统计，2004年以来，安徽省农村流转耕地面积徘徊在350万亩左右；耕地流转率（流转耕地面积占耕地总面积的比）仅有5.8%，比广东省的20%低近15个百分点，比浙江、江苏、山东低5－10个百分点，比湖北低5个百分点。结合本次调研情况，以及从其他方面获得的信息，调研组认为，制约我省土地流转的主要障碍有以下几个方面：

一是中小农户疑虑、担心，不愿流转土地。我国现行的土地承包经营制度是在特殊的历史条件下产生的，村集体经济组织拥有土地的发包权，农户只有土地的承包经营权。在这一制度安排下，多数农户认为村集体经济组织拥有调整土地承包的权利，担心村集体经济组织以长期对外出租、委托耕种等借口取消农户的土地承包经营权，对土地流转持谨慎观望态度。

二是土地价格偏低，不想流转土地。当前，土地的商品化、市场化进程非常缓慢，土地的合理价值没有显现、形成。如，民主村前几年的土地年租金每亩只有75元，出让金只有3000多元。土地价格低，流转收益少，导致农户对土地流转的积极性不高。另外，市场中介服务组织没有建立起来，农户也不知道如何流转土地。

三是地块分散，不便流转土地。多数农户的承包地分散在4－5个地块，平均每个地块只有1亩左右。在民主村，一些农户下秧用的田地只有0.2－0.3分地。农民有句顺口溜："责任田好是好，就是地块小，不好犁不好耙，弄得群众光打架"。地块小，难以机械作业，不便于大户耕作和管理，降低了大户扩大土地耕作规模的热情。

四是土地流转中的一些不良做法，影响土地流转。最近几年，相继免除农业税、增加农业综合补贴，农地变得有利可图，一些过去放弃承

包地的农户强烈要求返还承包地。另外，一些地方采取行政命令手段，强迫农民将承包地集中连片流转；有的随意改变土地承包关系，侵犯农民合法权益。这些情况导致了土地纠纷增加，使农地流转变得困难起来。

（四）土地流转带来的利与弊

有利的一面：

一是有利于外出务工人员安心打工，保持城镇工作的连续性和稳定性。通过土地流转，将不想种的承包地转移给别人耕作，有助于解决外出打工人员每到农忙季节返家抢种抢收带来的麻烦和困难，有利于他们安心地在城镇务工，将主要精力放在城镇工作上。目前，调研村庄1/4以上的人口在外打工，通过土地流转后，约有一半的外出务工人员可以做到常年在外打工，无须在农忙季节返乡务农，减少了旅途的花费和时间。

二是流转的土地成为发展现代农业、促进农业结构调整的示范基地。在流转土地中，除了代耕的以外，其它的如出租、转让的多数不再从事传统的农业生产。如，蒙城风硕种子公司、风泽公司在曙光村承包的土地全部用于统一生产优质粮种。肥西山南粮油公司在小井庄村租赁的土地，用于生产棚室蔬菜、棉花、药材等经济作物。肥东县共青农场、青阳科技公司等在民主村租入、受让的1100亩土地，主要用于养鹅、养龙虾、养猪，种植苗木花卉、油桃等。将军村租出的119亩土地全部用于生产大棚蔬菜，专供合肥市场。

三是有助于专业化生产，提高生产效率。蒙城丰硕种子公司在曙光村吸收入股土地2000亩、租赁土地1264亩。入股土地主要采取“五统一加”的模式，即“统一地块、统一品种、统一管理、统一收割、统一收购、加价销售”，主要生产环节是在丰硕公司的指导下由经过培训的专

业人员完成，大大提高了生产效率。该公司从曙光村雇佣员工20多人，这些人成了该村最主要的专业生产能手。类似这种情况，即采取“五统一加”、就地雇佣专业农民工的，还有阜阳颍泉区葛大户的生产基地、阜南县徐大户的生产基地。在调研村庄，被雇佣的、专业从事田间管理的专业农民接近50人，虽然人数不多，但与未经过专业训练的农民相比，其生产效率无疑得到了极大的提高。

四是既有利于土地流出方增加收益，也有利于土地流入方增加收入。土地流转以前，农民自己生产，除去生产成本后，据民主村的详细测算，每亩只能剩下350元左右（没有扣除劳动力成本，以下同）。土地流转以后，农民到外地或附近的企业打工，每月有千元以上的工资收入；另外，一年还有上百元的土地租金收入，有的可达到300元以上。对于流入方来说，增收效果更加明显。第一，通过生产优质农产品获得更多的结构调整收益。如曙光村改种优质粮种，仅丰硕公司每年就增收近100万元，每亩地增收500元左右。第二，耕地增加后可获得更多的规模效益。如民主村刘金明一家2个农业劳动力，耕种自家承包地12亩，代耕36亩地，以生产粮食为主，年纯收入可达2万元，年收入增加1.5万元。

此外，土地流转后，随着生产规模的扩大，土地产出率、农机具的使用效率得到明显提高；生产大户对通过转让方式获得的土地，敢于增加基本农田建设或小型水利设施建设投资等，有利于提高土地质量和耕作条件。

不利的一面：

一是受粮食生产比较效益低的影响，大户（企业）不愿生产粮食。调研村庄通过出租、出让、入股方式流转出来的耕地全部用于非粮食生产，已经严重影响了粮食生产。特别是在粮食短缺时期，如何引导农业生产大户（企业）腾出更多的土地用于粮食生产，需要引起足够的重视。

二是极少数农户，可能盲目转让（卖）其全部承包地，而导致生活无着落，影响农村稳定。据村干部们反映，如果不加限制地允许承包地流转，每个行政村总会有那么几个人，或因好逸恶劳、转让承包地贪图享受，或因临时困难、转让承包地救急，而导致完全失去土地这一最后的生活保障线。

（五）加快土地流转的主要举措

一是培育需求主体，依靠业主拉动土地流转。调研村庄注重培育多种性质的土地需求主体，如民主村吸引外村种田能手计恩华、肥东县共青农场、青阳科技公司等来村承包经营土地，发展家禽家畜饲养；曙光村吸引蒙城种子公司来村承包经营土地，建设良种繁育基地；小井庄村吸引肥西山南粮油公司来村承包经营土地，发展高效经济作物；颍泉区中市办高井村吸引原农业事业单位职工葛浩新来村承包经营土地，生产良种。在与种田大户的接触中，我们深深地感受到他们要求增加耕地、扩大生产规模的强烈愿望。毫无疑问，他们是农村土地流转的最大需求主体，是加快农业发展及农村经济转型的主力军。

二是采取灵活方式，依靠创新助推土地流转。曙光村引导农户采用入股方式加盟蒙城丰硕种子公司，形成以土地股份为纽带的紧密型合作伙伴关系。民主村借“退耕还林”机遇，采用出让方式，将340亩的土地一次性转让给种田大户。颍泉区中市办高井村凭靠近城市郊区、有利于发展城郊高效农业的区位条件，引导农户以比较高的年租金（每亩400元）将土地租给种田能手，集中发展大棚蔬菜。小井庄村更是借土地整理的机遇，由村集体出面，采用类似于“反租倒包”的形式，将土地集中起来。此外，其它地方（含外省）陆续涌现出的“土地银行”、“土地合作社”、“两田制”或“三田制”、“农机合作社”等土地流转方式也都值得借鉴。

三是发展高效农业，依靠共赢实现土地流转。在土地流转中，如何

保障土地流出方和流入方都能获得比流转前更多的收益，是决定土地能否流转的重要前提。否则，按照群众的话说，“一头热”是无法实现土地流转的。从调研来看，凡是规模大的、速度快的流转行为，都实现了流入方生产效益的大幅度提高。在流入方实现生产效益大幅度提高的情况下，流入方才有可能将更多的收益返还给流出方。村庄流转出来的耕地，几乎百分之百地不再生产普通粮食，而是生产比较效益高的粮种、蔬菜、油桃、中药材、家禽家畜等。如民主村占地55亩的3个猪场，是土地流入方以高出当地平均地价的2－3倍价格，即每亩地1万元的价格租用的，2007年已出栏1000头猪，每亩地上获得的年纯收入超过5000元，是生产普通粮食的15倍。颍泉区城市近郊的农地，虽然当年的土地年租金上升到400元左右，但流转给大户种植大棚蔬菜后，每亩地的年纯收入已经达到5000元，远超过种植普通粮食的年纯收入。在这种情况下，无论是对流出方来说，还是对流入方来说，均有利可图，因而流转积极性都非常高。

四是搭建流转平台，依靠中介促进土地流转。当前，农村土地流转需求主体主要是来自外村的种田能手、农业产业化龙头企业。外来大户（企业）到人生地不熟的地方，面对的是一家一户，与他们一对一谈判非常困难，必须有一个熟悉当地情况的中介人从中斡旋。调研村庄，几乎无一例外的，村干部既是土地流转双方的中介人，又是担保人。他们凭借情况熟悉、威信较高的优势，在土地流出方和流入方之间架设起“桥梁”，发挥着纽带的作用。同时，我们也看到，当前农村土地流转的中介服务组织太少，迫切需要加强。

五是加大支持力度，依靠政策引导土地流转。由于各地土地流转还处在探索阶段，政策引导显得尤为必要。颍泉区高井村在上级水利部门的支持下，通过加大水利设施投入，改善了葛浩新承包地的排涝条件，减少了水灾影响，从而增强其长期承包土地的信心。目前，葛浩新在高井村的生产基地，排涝标准由5年一遇提高到10年一遇，仅此一项，每年即可增收5万元左右。小井庄村，通过争取、实施国家土地整理项目，加强土地平整，积极在该项目的实施过程中调换土地，使山南粮油

公司的承包地连成一片，方便了其规模化耕作。将军村、黄花村等为大户们争取到更多的农机、粮种补贴资金及化肥、柴油等实物补贴，降低了大户们的生产成本，促进了规模化经营。另外，在皖中地区，不少村庄还通过“三年一小调、五年一大调”等措施，鼓励分散的小田块向大田块靠拢，以方便土地流转，实现连片耕作。

四是天津市土地承包经营权流转情况

天津土地承包经营权的流转开始得比较早，大约在上世纪80年代初就有农民开始进行自发流转。直到《物权法》颁布后，把农村土地承包经营权规定为用益物权，为经营权的资本化提供了法律依据，天津的土地承包经营权流转才进入快速发展阶段。截至2008年底，天津市农户承包耕地面积475.45万亩，农村土地流转总面积为73.65万亩，占农户承包耕地总面积的15.5%。

（一）取得的成效

1.土地承包经营权的流转促进了天津设施农业发展。通过土地流转把一家一户分散经营的土地集中连片开发建设使设施农业取得明显效果，设施农业已成为天津农业最大的经济增长点。截至目前，全市累计已建成种植业设施15万亩，6个农业高科技示范园区已经开工建设，其它区县也基本完成了建设规划。2009年一季度播种面积12.7万亩，新建设施实现总产量14.4万吨，总效益与上年同期相比增长15%。

2.提高了农民组织化程度。2008年，天津市通过土地流转建成设施农业合作社150个，新增带动农户5万户；成立专门提供土地流转服务的土地承包经营权流转信息服务专业合作社3家，土地流转服务公司1家，累计帮助农户流转土地近3万亩。截至2008年底，全市合作社达到879个，国家级和市级重点龙头企业达到121个，进入产业化体系的农户达到80%。

3.促进了农业装备水平的提高。据不完全统计，2008年，天津市投入农业设施建设资金达23亿元，新建温室大棚等10.2万亩，修建闸涵23处、维修扬水站180座，新建灌溉防渗明渠和低压管道1312公里，新增节水灌溉面积25万亩，新建购置农业机械7556台套。

4.促进了土地承包关系的稳定。天津紧紧抓住土地流转必须坚持"依法、自愿、有偿"和"三个不得"的根本要求，严格把好土地承包经营权落实关、土地流转合同鉴证关、承包土地纠纷调节仲裁关三个关口，把中央土地承包政策贯穿土地流转工作始终，把对土地流转的管理融入信息、政策、法律等各项服务之中，以加强土地流转的管理和服务促进了农村土地承包关系的稳定和农村社会的稳定。

5.促进了农民增收。据调查，2008年天津市农民人均来自土地流转的收入为83元，每亩土地平均流转收益达到428.2元，流向设施农业的土地流转收益较高，平均每亩1005元，同时，还可吸纳农业产业工人2人，每人月薪收入1000元。直接从事温室蔬菜生产的农户，与以往种大田和露地蔬菜相比，平均每亩增收达到1.25万元，是过去收入的5倍以上。

6.促进了农村改革。第一，土地流转催生了一大批土地股份合作社、土地流转服务合作社、农业产业化龙头企业等市场经营主体，实现了农村生产经营组织的创新。第二，土地流转促使各级政府解放思想，更新观念，不断探索完善农村土地承包经营制度，建立适应现阶段农村生产力发展需要的土地流转体制机制。如蓟县出台了《农村土地承包经营权流转管理办法》、宁河县出台了《引导和规范农村土地承包经营权流转的实施意见》，市农委、市财政局、市农业局出台了《天津市现代农业园区建设管理办法》，市农委即将出台《关于加强农村土地承包经营权流转管理和服务工作的意见》。第三，土地流转撬动了农村金融、农业保险、社会保障、劳动就业等多项农村改革，通过综合配套改革将农民从土地上"解放"出来，激活了农民手中最大的资本，使社会生产力各要素在土地流转过程中得到优化配置。

（二）做法

1.四管齐下促流转

虽然天津市土地承包经营权流转工作取得了初步成效，但仍然存在着一些亟须解决的问题：土地流转载体缺位、鼓励土地流转的扶持政策较弱、流转欠规范、土地流转效益偏低等。为此，天津四管齐下，建立健全“农民自愿、依法有偿、政府引导、市场调节”的农村土地承包经营权流转市场，逐步实现农业生产的规模化、专业化、合作化、产业化。

在积极探索农村土地承包经营权流转的有效途径上，天津重点抓好了四项探索：

一是积极探索土地股份合作经营。鼓励农民把依法取得的土地经营权，以入股形式组建土地股份合作社，实行股份合作经营或统一对外租赁经营，使农民在获得地租收益的同时又可获得薪金收入，实现农民与企业双赢。

二是积极探索建立新型农业规模经营主体。积极发展专业大户、家庭农场、农民专业合作社、农业龙头企业等规模经营主体，通过联合与合作，形成多元化、多层次、多形式的经营服务体系，形成现代规模农场、家庭农场、农业庄园等新型规模经营主体，实现现代农业集约经营和规模经营。

三是积极探索工商资本参与土地流转的形式。探索鼓励工商资本参与高效农业、现代农业、设施农业和植树造林项目建设的有效实现形式，充分利用工商企业资金、技术、管理等优势，建立农产品基地，开展现代农业集约经营，逐步实现统一经营。

四是积极探索集中连片土地流转模式。积极探索以村为单位的集中连片流转，特别是整村土地全部流转用于设施农业等现代农业开发建设的实现形式和方法，按照布局区域化、经营规模化、产业特色化的要

求，逐步形成一村一品、一乡一业的特色产业发展格局。

在加强农村土地承包经营权流转的管理和服务上，重点抓好三件事：

一是加强土地流转服务平台建设。各区县要以农经管理人员为基础，逐步建立健全农村土地流转办事机构，加强农村土地流转的管理和服务。

二是严格规范土地流转程序。主要抓好委托申请、审核登记、签订合同、立卷归档四个环节。

三是妥善处理土地流转纠纷。

他们在加大农村土地承包经营权流转市场建设力度。为更好地把握做好推进农村土地经营权流转工作的政策要求和具体操作程序，年内要建成一个市级网络平台和两个区县级服务中心暨土地流转交易所，为全市农村土地承包经营权流转平台建设全面推开探索路子。争取三年内完成区县级农村土地承包经营权流转服务中心暨土地流转交易所建设工作。

三、中国农村土地流转机制的建立与完善

（一）对于目前中国农村土地流转情况的基本分析

2008年10月，中央出台的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》（下称《决定》），打开了农村土地使用权流转的政策大门。这个《决定》的出台，为农村土地的流转开辟了一个新的天地。

从此，农村土地流转便也成为了中国大地上一个热点话题。

如果从正面上分析，其至少具有以下几点优势：

1.让土地使用权成为货币，有力促进内需增长，经济复苏

关于增加国民财富、刺激内需的办法各有不同。有人建议将外汇分给百姓，有人赞同将国有上市公司的股票分给民众，但外汇分给老百姓，人们只能到国外消费，带动的是外需而不是内需；而国有企业股票的分配面临着巨大的政策和制度障碍。在可操作层面，落实和推进土地使用权市场化才是当前解决之道。

随着农村土地使用权流转政策的放开，土地市场化的落实本身就会产生巨大内需。如果中国有约21亿亩耕地、19亿亩的荒山湖泊可以市场化，以每亩土地流转费用为2-4万元来计算，将形成80万亿-160万亿的财富，这将是一笔足够带动中国经济复苏和高速成长20年的持久消费动力。

土地经营权的流转惠及中国绝大部分人口，它包括广大的农村人口和部分城市居民。假设1个有4口人的农村家庭，按人均1亩地计算，家庭4亩地进入市场，家庭财富就会增长16万元，这个家庭就可以流转出土地，拿着现金到县城买房、做生意或从事其他第二三产业。届时，中小城市的房地产业将最先振兴，相关的家居、建材、装饰、家电等行业也会慢慢繁荣，民间投资更加活跃，中国经济可持续增长就有了保证。

内需的增长取决于居民的总体收入提升、消费和储蓄观念的改变、居民拥有财富的增长等因素。从目前来看，其他因素都可能导致内需下滑，只有土地市场化才是唯一能够快速刺激内需、保持增长的措施。

首先，它让中国85%的中低收入家庭财富大量增加，他们需求覆盖面广、量大；其次，我国的潜在消费需求大多集中在刚刚满足基本消费

的中低收入家庭，他们有着强烈的住房、交通工具、电器等消费愿望，一旦土地使用权可以转化为货币，便可迅速实现消费；再次，一旦政策落实，土地使用权真正掌握在个人手里时，土地会迅速进行流转，对内需刺激迅速而有力。甚至应该是应对金融危机的一张好牌。

但是，在中国的土地使用权市场化已经启动的时候，其原发动力明显不足，主要受制于几个方面。

第一，新土地改革的大政方针已出台，但是对于土地经营权流转的具体政策和操作实施细则尚未推进，在一些地方，经营权流转无法落实，流于表面；

第二，人们不拥有土地使用的主导权，土地属于国家和集体，土地所有者缺位往往导致土地使用权和经营权分离；

第三，配套土地流转的政府规划、手续、税收政策等监管和服务还不完善，影响土地流转的实际操作。

市场化的土地可以囊括到所有的国家土地资源，包括农村耕地、工业用地、城市住宅用地、商业用地、荒山、湖泊等，惠及广大农村人口和部分城镇人口。影响土地流转的核心因素是这些土地资源没有落实到个人或者企业法人，权责不清晰。农民一旦被告知个人可主导这块土地，并且可自由交易时，土地交易市场会迅速形成，土地流转将迅速转化为货币，土地资源将得到优化配置、合理流动。

实际上，在土地使用权可以被自由交易、抵押、入股的情况下，国家已经赋予了土地使用权与产权类似的市场身份。如果把这一利国利民的政策落实推进，在国际金融危机的背景下，将成为内需增长、经济复苏的一次有效行动。

2.加强控制，避害趋利，实现公民、社会、国家多赢的局面

从反面看，这种土地流转方式同样会带来一系列的负面效应。比如：随着土地市场化可能会造成农村耕地面积减少，产生粮食安全问题；土地市场化将加速农村人口涌向城市，对城市环境、就业、生活等各方面造成负担；土地市场化可能将产生很多赤贫阶层，他们将群居在城市边缘形成大批的贫民窟；土地市场化可能会削弱国家对土地公共资源的把控能力，影响国家土地征用；等等。究竟如何看待这些问题，我想谈谈自己的想法。

我想，任何问题都是可以找到解决方案的，比如随着土地市场化可能会造成农村耕地面积减少，产生粮食安全问题，我们可以采取以下措施加以控制。

（1）加强政府对于土地区划和土地用途有强制性的规划

政府在宏观调控上要对土地区划和土地用途有强制性的规划，对于土地用途的转换，特别是农业用地向其它用途转化必须服从事前强制性土地区划；

（2）政府通过税收政策加以调整

政府针对农业、工业、商业、抛荒和居民住宅等用地的使用权征收不同的税率，对农林牧等用地通常以财政补贴，以鼓励农业用地的规模化、集约化经营，奖励荒地转向农业用地，重额征收农业用地转工商业用地，以此来进行各个版块的调配，实现土地使用效益最大化。

再比如，土地市场化将加速农村人口涌向城市，对城市环境、就业、生活等各方面造成负担问题，我们不必特别担心，其实，我们的城市化进程不是因为土地市场化而兴起的，也不会因为土地市场化而加

速。从目前城市化进程来看，农村人口已经有大量流向城市，城市化进程在加快，即使土地不进行市场化他们也会进入城市寻求生存和发展空间；此外，土地市场化并不意味农业人口骤减，即使启动大规模的土地集中经营也需要聘用农民进行生产，而且农村工业用地的开发也将吸纳部分农村劳动力就近工作；再有，当农民完成土地经营权的流转，就拥有了一定的财富，他们将会就近选择小县城安家和投资，反而带动中小城市和乡镇的发展，从而减轻大城市压力，促进城乡协调发展。

比如土地市场化将产生很多赤贫阶层，他们将群居在城市边缘形成大批的贫民窟问题。事实上，在我国城市中和城市边缘已经散居和群居了类似的贫民窟，他们中的大多数人从事着城市中脏、乱、差、重、险、苦、贱的工作，收入低微。尽管如此，他们也不愿回到农村依靠几亩地生存，即使城市没有生存空间，他们中绝大多数人，特别是年轻人，宁愿选择在城里寻找机会，也不愿面对“面朝黄土背朝天”的生活。土地市场化将很大程度上增加了他们的财富，他们转让出土地可以在城市里过稍微体面的生活，贫民窟或许能有所减少，贫富差距将缩小，农村中产阶层或将形成。

比如土地市场化是否会削弱国家对土地公共资源的把控能力，影响国家土地征用问题，土地使用权即使掌握在个人或法人手里，个人恶意抬高地价或是拒绝征收，国家可以通过土地使用权的真正的市场化机制来将国家公共用途征地纳入市场化轨道，其价格由市场机制来决定，如果出现了扰乱国家建设的不恰当行为，则完全可以通过相关法律来调整。我们应当相信自己的管理和处置不良行为的能力。

（二）构建起我国的农村土地流转制度体系

我国农村土地流转，几乎成为近十年来所有社会科学门类讨论与研究的焦点。尽管如此，也仍然没能看到在一个可预见的期限内得以解决的可能。为什么会出现这样的情形，我想，这与我们对农村土地使用权

流转的一些基本性问题的认识不无关系。

1．科学地看待农村土地流转的“效率”价值功能

市场机制的灵魂在于它的“效率”价值功能，“效率”又通过市场自由流转得以实现。正因为如此，我们才不遗余力地呼吁尽快建立我国农村土地流转制度，并试图以此破解我国的“三农问题”难题。但是我们也应当清醒地认识到：

(1)我国农村土地承载的国家粮食安全，无论是现在还是将来都无法取代；

(2)尽管农民对土地的生存依赖不如从前，但在相当长的一个时期内，仍然不能完全消灭；

(3)土地流转仅仅是实现“效率”的手段，它不是目的，流转制度也不必然带来农业土地利用效率。这些基本因素的存在和不可改变，决定了我国农业及其农业土地利用制度运用市场机制的有限性与局限性。

因此，破解我国“三农问题”难题，缩小城镇与农村的差距，除了构建农村土地流转制度之外，更为重要的应当是通过统筹城乡发展、农业生产组织形式与生产方式创新、城镇化进程、以工哺农和以城带乡制度机制等综合配套措施，系统地加以解决。

总之，我们应当理性分析与看待农村土地流转的作用，准确给予定位，不过分地夸大它对“三农问题”的价值功能。

在现行的农村土地承包经营权法律制度基础上，不可能创新一项真正的农村土地流转法律制度。道理很简单，我国现行的农村土地承包法律制度，完全以农民的生存保障为基础，以社会公平的价值理念为目标，它遵循了“需要就是权利”的社会保障规则。

因此，无论如何我们也难以看到承包土地使用权自由流转的市场繁荣景象。即使我们的《物权法》明确土地承包经营权是一项独立的物

权，我们也不难预见：并不会因此而出现承包土地经营权自由流动的农村土地流转市场。只有我们不再以“公平”价值目标作为农村土地利用制度的基础，不再让农村承包土地使用权肩负农民生存保障社会功能，农村土地使用权的流转才有真正的可能。因此，农村土地流转制度创新的难点，并不在于设计一套流转规则，而是创新一项能够自由流动的农村土地的权利类型。土地使用权的流转与交易的核心问题在于进入市场交易的“东西”的可交易性及可交易程度。建立农村土地使用权流转制度的关键，在于设计一项能够真正自由流动的，符合交易法律特征的，能够促进交易繁荣的农村土地使用权的权利类型，以替代目前并非以自由流转为目的而设立的承包土地经营权。

2.创新农村土地使用权流转法律制度的理念

（1）拟制一项在法律上能够自由流动的可供市场交易的土地权利

我国的土地公有制，决定了集体土地所有权的不可交易性，现行的以农民生存保障为基础建立的农村承包土地经营权，事实证明也不可能肩负起这项历史的重任。道理其实非常简单：因为农村土地承包经营权本来就不是以市场交易为目标而设计。因此，现行的农村土地承包经营权的流转，最终无法逾越法律上的障碍，我认为就是与《土地管理法》耕地的特殊保护原则的冲突。我国《土地管理法》严格的农业土地用途管制法律规定，使农村以土地承包经营权为核心的股份制企业无法像一般企业依法承担民事责任，一旦企业破产或者其他原因产生清算，农业土地会按规定无条件还给农民耕种。即使是采取抵押的流转方式，但也由于对土地承包经营权的诸多限制而导致实际上难以将承包土地用于抵偿债务。因此，以农村土地使用权的灵活流转为目标设置一项独立的土地权利，才是创新农村土地流转制度的关键。

（2）建立一个有效的流转中介服务机构和信息平台

一个真正繁荣的农村土地流转市场，可以将城市的资金、技术、人

才、项目等市场要素和资源与农村的农业土地使用权迅速、有效地连接起来，实现各种资源要素在城乡之间的优化配置与整合。

（3）确立一个统一的土地权利登记机构和登记制度

土地作为典型的不动产，已经十分依赖权利登记制度的完善。。目前，重庆市城镇房地产登记制度已经建立并完善，但农村土地及房地产权利登记，尚属空白。因此，建立一个完备的农村土地及房地产权利登记制度势在必行。

（三）解决我国农村土地流转的具体步骤

解决中国农村土地流转问题必须分三步走：第一，应当改变农村土地集体所有制，将现在分属于不同集体组织的土地收归国有，由国家制定统一的土地流转法。第二，在承认并且保护现存的农村农民土地承包经营权的同时，逐步调整土地承包关系的当事人，让农民根据自己的实际需要，与统一的政府部门签订土地承包合同。第三，建立非营利性的土地承包经营权流转中介组织，为农民在自愿基础上进行土地承包经营权的流转提供服务。也就是说，在明确土地发包方为国家之后，允许人们跨地区从事土地承包经营活动。

从严格意义上说，土地的承包经营和土地的合作化经营、股份制经营只不过是经营方式的不同。在不能够享有土地流转增值收益的情况下，无论采取何种经营方式，都难以从根本上改变当今农村土地承包经营状况。关键的问题就在于，国家决策部门应当在充分考虑到农民切身利益的情况下，从根本上改革农村的土地所有制，改变对土地承包经营权流转的限制性规定，最大程度上调动农民的积极性。作为土地的发包方，今后政府可以通过改变农村土地的用途，设立长期的农村发展基金，改善农民与土地之间的关系，建立长期的农民社会保障体系。

（四）我国农村土地流转制度变迁模式选择的指导原则

1.充分重视农民等经济主体的作用

建国后农村土地制度变迁的过程是农民不断追求潜在利润的过程，每一次土地制度的创新都是在旧制度无法取得潜在利润时发生的。土地改革，农民土地所有，形成对农民的激励机制，农民积极性提高，但这种农民私人土地所有制却导致了规模效益的无法实现，导致社会分工所带来的利润无法实现，也导致了土地、资金、技术等生产要素优化配置所带来的绩效无法实现。所有这些潜在利润推动合作化、人民公社制度安排的出现。

但在这两种土地制度安排下，无论是国家、集体抑或是农民都未能实现各自的经济利益最大化。相反，家庭联产承包责任制赋予农民土地承包经营权，农民生产积极性提高，激励机制所带来的经济绩效重新找到，监督和组织成本大大降低。因此，家庭联产承包责任制得以取代人民公社制度。同样，因家庭联产承包责任制所造成的许多潜在利润无法得到更好地实现，进一步的改革必然就会出现。

2．充分发挥政府在农村土地流转制度变革中的主导作用

经济个体分散决策为主导的制度变迁过程，有着其自身的不足与缺陷。比如，个人受制于个体的经验、学识水平的限制，其理性水平与集体相比总是更加有限。况且，不同个体的经济利益是不相同的，因此对涉及多个经济主体的制度变迁，不同经济主体之间的利益冲突是难免的，因此就需要他们之间的谈判，并且只有获得大多数主体的同意或一致同意才有可能实现，有时候因为谈判和讨价还价成本过高，某些高效率的制度根本就不可能实现。因此，充分发挥政府在制度变迁中的作用成为必然的一种选择。对于我国农村土地流转制度来讲，特别是我国农

村人口和农村地区占了我国人口和国土的大部分，对于农村土地流转制度个体分散决策推动其变迁的成本有可能更加高昂，这就特别需要政府合理发挥其强制力量的作用，积极地推动我国农村土地流转制度的变革和发展。

3.我国农村土地流转制度变迁必然是渐进性的

以家庭联产承包为基础的、家庭分散经营和集体统一经营相结合的家庭联产承包责任制是我国在农村的一项基本经济制度，农村土地流转制度的变革只能是在这个框架内的变革，只能是对这个框架的完善与发展。因此，这决定了我国农村土地流转制度变革只能是在坚持整体性制度不变前提下的单项制度变革，也必然是局部的，因此整个农村土地流转制度变革也必然是渐进的，不可能一蹴而就。

（五）推进土地流转的政策建议

1.进一步明确土地承包经营权的物权性质，让农户敢于自主流转

《承包法》规定，二轮承包后30年不变。《物权法》更是第一次将土地承包经营权明确界定为物权，还规定承包期届满的情况下，“由土地承包经营权人按照国家规定继续承包”。依据上述两项法规，可以将“土地承包经营权”解读为农户家庭的私有财产；同时，还可以解读为土地承包关系可以永续。可是，受宣传不到位的影响，多数农户对上述政策的理解存在着偏差，担心政策会变。因此，按照《物权法》的规定，可以明确规定土地承包经营权归家庭农户所有，永续使用。

2.加快土地承包经营权的商品化、市场化步伐，

让农户愿意流转

关键是要尽快建立农村土地承包经营权流转市场，进一步强化农地的商品属性，允许物权化后的土地使用权“依法自愿有偿流转，可以买卖”；制定土地流转价格评估办法，健全土地价格形成机制，引导农地价格适度上涨，努力体现土地的合理价值，提高农户流转土地的积极性。

3.积极创新，推广能够实现各方共赢的土地流转方式，让农户乐于流转

就当前而言，代耕、中短期出租方式，容易导致土地的掠夺式开发，不宜大规模地推广。转让方式因是承包经营权的永久让渡，适宜推广，但目前转让费较低，农户积极性不高，需要经历一个缓慢的价值发现过程。入股方式，有可能在各方之间形成“共赢”的局面，各地成功的例子很多，最适宜推广，但必须加强规范、监督，防止入股合作社或合股公司经营管理层恶意转移利润，侵占入股农户利益。“反租倒包”方式，容易操作，但必须在依法、自愿、有偿的基础上进行，严禁搞强制流转、低偿流转。此外，在完善现有流转方式的同时，还需要进行试点、积极创新，如允许以土地承包经营权换取农业产业化企业在其存续期间的就业岗位，允许农民在保留必要的口粮田的基础上出售（让）商品粮田，允许在一定的前提下抵押农地、获取贷款等。

4.提高种田大户集中土地的能力，让他们成为土地流转的有效需求主体

对于达到一定规模的种田大户要给予特种奖励，提供优惠贴息贷款，增加大型农机购置、仓储设施、晒场建设和农田水利建设补贴资金。鼓励大专院所、农技站所优先为种田大户提供技术指导和技术咨

询，或与种田大户建立多种形式的联合体。

5.稳住“口粮田”，激活“商品粮田”，让土地流转更加平稳

短时间内，农村的社会保障体系很难建立健全起来，土地仍然是不少农民的最后一道生活保障线。要防止少数农户将土地全部流转出去（出卖）带来的风险。为此，必须严格限制中低收入农户的“口粮田”进入土地流转市场，鼓励“口粮田”之外的“商品粮田”进入土地流转市场。

6.加强农田水利基本建设、土地整理和村庄整治，让土地流转更加方便

要按照“田地平整、土壤肥沃、路渠配套”的要求，结合新农村建设，加大土地复垦、整理力度和村庄整治力度，加快建设旱涝保收、高产稳产的高标准农田。这是促进土地流转的有益补充，有利于解决地块过小、土地质量和耕作条件差异过大带来的土地流转难问题。

7.加强对相关法规和政策的宣传和执行力度，让土地流转更加规范

最近几年，国家及有关部门相继出台了一系列的法规。如2002年国家制定了《中华人民共和国土地承包法》，2005年农业部制定了《农村土地承包经营权流转管理办法》，2007年国家制定了《中华人民共和国物权法》，各地也都制定了相关的配套办法。这些法规和政策对家庭承包经营及土地流转进行了多方面的规范。但是，在广大农村，这些法规还不为大多数农户知晓。据我们询问，几乎百分之百的农户没有看到以上三个法规的文本，几乎百分之百的代耕方式没有签定书面合同。因此，加大宣传力度，让每个农户了解并执行有关法规十分必要。

8.切实抓紧抓好土地承包的规范管理工作

进一步稳定土地承包经营关系，完善土地流转的档案规范管理。健全规范土地承包经营权流转行为，以实施流转合同制、备案制为重点，推进土地承包经营权流转规范管理和服务。以县、镇为基本单位建立土地流转的有形市场，促进政府对市场的管理行为建设。按照依法自愿有偿的原则，正确引导农户流转土地承包经营权，促进多种形式的适度规模经营，将工作重点放在提供流转信息、开展政策咨询、指导合同签订、完善中介服务上面，不断健全农村土地承包经营权流转市场。

9.建立以粮食生产为基础的全国性耕地保护基金

在土地流转过程中很大一部分流转土地并没有用于粮食生产，这不利于耕地保护和促进粮食生产。因此，有必要通过一定的经济手段刺激粮食生产。可建立以粮食生产为基础的全国性的耕地保护基金，对进行规模经营的粮食种植行为给予财政补贴，变单一的行政性管理方式为行政性和经济性管理手段相结合的管理方式，间接激励土地流转中的粮食种植。这既可以保护粮食种植者的积极性，又能使一批流转土地最终进行粮食生产。

四、关于制定农村土地流转法的思考

（一）制定农村土地流转法的必要性及可行性

1.是农村土地流转现状的迫切需要

这一点我们从上述的四个具体例子的分析中已经得出了结论，那就

是：目前全国各地的农村土地流转情况已经十分普遍，这些流转行为在法律上是隐含着风险的，尽快化解这些风险，促使农村土地的流转走上法治的轨道，使其由不合法到合法，由不规范到规范，由存在风险到有法律保障，是一个目前必须尽快解决的问题。如果在农村土地流转日益普遍和普及的今天，仍然没有一部相对集中的法律规范，这种流转将是十分危险的，这种危险不仅会给流转的双方带来不可预测的法律和现实风险，也会国家利益和社会安定和谐带来无尽的隐患。因此，尽快开始考虑农村土地流转法是立法工作，是一个十分紧迫的任务。

2.是健全我国土地制度，维护国家法制统一的需要

从第一部分的论述中可以看到，目前农村土地流转的行为在很多方面是与现行法律的精神和规定相背离的，如果长此以往，国家法律的尊严和国家土地法律制度体系必将遭受到严重的挑战和破坏。为了保证国家法律的权威性和统一性，必须从立法上确定这种已经成为现实存在的农村土地流转方式的合法性和规范性，否则，会造成法律上极大的漏洞。

3.有关部门已经出台了相关的规章，为国家立法奠定了基础

2005年1月7日经农业部第2次常务会议审议通过并公布了《农村土地承包经营权流转管理办法》，自2005年3月1日起施行。该规章是目前为止专门规范农村土地流转的唯一一部最高级别的法律规范性文件。其法律位阶过低，不能成为法院判案的依据，急需出台一部法律位阶较高的，且能够作为法院判案依据的法律规范。否则，其普适性和权威性是玩玩不够的，也无法成为处理农村土地流转中出现的问题的法律依据。

（二）制定农村土地流转法的基本原则及指导思想

其基本原则可为：平等协商、依法、自愿、有偿。其中平等协商是基础，依法是前提，自愿是条件，有偿是保障，四者缺一不可。

其指导思想是：为规范农村土地承包经营权流转行为，维护流转双方当事人合法权益，促进农业和农村经济发展，维护国家法治的统一。其中，最根本的落脚点应是促进农业和农村经济发展。中国是个农业大国，如果农业、农村和农民问题搞不好，是不可能成为一个强国的，这也应当是我们制定这部法律的基本宗旨和出发点。

（三）农村土地流转法的主要内容

可分为7章：

第一章　总则，包括：该法的立法目的、宗旨，基本原则，调整范围，流转目的限制，主管部门。

第二章　流转权利义务人，包括：明确规定承包方有权依法自主决定承包土地是否流转、流转的对象和方式。任何单位和个人不得强迫或者阻碍承包方依法流转其承包土地；农村土地承包经营权流转收益归承包方所有，任何组织和个人不得侵占、截留、扣缴；农村土地承包经营权流转方式、期限和具体条件，由流转双方平等协商确定；承包方与受让方达成流转意向后，以转包、出租、互换或者其他方式流转的，承包方应当及时向发包方备案；以转让方式流转的，应当事先向发包方提出转让申请；受让方应当依照有关法律、法规的规定保护土地，禁止改变流转土地的农业用途；受让方将承包方以转包、出租方式流转的土地实行再流转，应当取得原承包方的同意；受让方在流转期间因投入而提高土地生产能力的，土地流转合同到期或者未到期由承包方依法收回承包土地时，受让方有权获得相应的补偿。具体补偿办法可以在土地流转合

同中约定或双方通过协商解决。

第三章　流转方式，包括：明确规定承包方依法取得农村土地承包经营权的方式是转包、出租、互换、转让或者其他符合有关法律和国家政策规定的方式流转；承包方之间可以自愿将承包土地入股发展农业合作生产，但股份合作解散时入股土地应当退回原承包农户。同一集体经济组织的承包方之间自愿将土地承包经营权进行互换，双方对互换土地原享有的承包权利和承担的义务也相应互换，当事人可以要求办理农村土地承包经营权证变更登记手续；承包方采取转让方式流转农村土地承包经营权的，经发包方同意后，当事人可以要求及时办理农村土地承包经营权证变更、注销或重发手续；承包方之间可以自愿将承包土地入股发展农业合作生产，但股份合作解散时入股土地应当退回原承包农户。

第四章　流转合同，包括：明确规定承包方流转农村土地承包经营权，应当与受让方在协商一致的基础上签订书面流转合同。农村土地承包经营权流转合同的主要内容：双方当事人的姓名、住所；流转土地的四至、座落、面积、质量等级；流转的期限和起止日期；流转方式；流转土地的用途；双方当事人的权利和义务；流转价款及支付方式；流转合同到期后地上附着物及相关设施的处理；违约责任；纠纷解决途径；等。

第五章　法律责任，包括：流转过程中流转当事人双方违反国家法律的行为及其责任；流转的服务或者中介组织的责任；村经济或者其他组织的责任；政府相关部门的责任；等等。

第六章　争议解决方式，包括：当事人应当依法协商解决方式；当事人协商不成的，可以请求村民委员会、乡（镇）人民政府调解方式；当事人不愿协商或者调解不成的，可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，也可以直接向人民法院起诉。

第七章　附则，包括：（1）相关概念的解释，如转让、转包、互换、入股、出租。（2）本法与《农村土地承包法》、《土地管理法》等法律的关系，明确规定在农村土地流转中，如本法与其他法律发生冲

突时，适用本法。

（四）农村土地流转法与其他相关法律的关系

《农村土地流转法》属于特别法，其与《合同法》、《土地管理法》、《农村土地承包法》等的关系是一般法与特别法的关系。在制定该法时，要注意与其他相关法律的衔接。尤其是《承包法》中第4条、第14条、第26条、27条、第29条、第33条、第60条与该法的衔接，特别是如何处理与"农村土地承包应当遵守法律、法规，保护土地资源的合理开发和可持续利用。未经依法批准不得将承包地用于非农建设"的规定的衔接。在立法时有一个需要澄清的问题，那就是：这里的"非农建设"的含义究竟是什么？其所包含的具体项目又是什么？像海产品加工、农业产品加工、食品制造等，其实都与农业有关，很多地方是自己加工自己当地产的农产品，是否属于"非农建设"？如果明确只要属于对于当地所产的农产品或者海产品进行加工生产的，不属于"非农建设"，那么这个问题就解决了，反之，就应属于非法之列。这里还可以有一个标准，那就是：只要没有对当地的生态环境和人类生存造成污染或者破坏的，没有影响这个地区经济持续发展的，其所生产的产品不会对社会构成威胁或者破坏的，符合国家有关的产业政策和规定的，就应当属于被允许开发的范畴，任何个人和组织都不可故意刁难，应当鼓励、帮助其发展壮大。只有这样，我们农村的发展才能迈上一个新的台阶。如果这种流转时为了房地产开发或者时旅游、休闲的开发用地，如何判断其合法性？可以综合考虑其开发对于环境、生态的影响，对当地的农业生产的影响，以及其可能给当地带来的效益与可能给当地带来的困扰或者破坏的比值的评估，等多方面的因素，来确定其合法性与否，可能会更公平、科学一些。

当然这里涉及到我国土地基本制度的改革问题，是个非常复杂的问题，绝不是几篇文章、几次会议就可以解决的，需要大家长期的努力和

奋斗。我在此只是提出自己的一些极不成熟的看法，仅供大家批评、参考。

（文中一些有关各地农村土地流转情况的介绍，其资料来源于对于相关网站公布的资料的搜集、整理，特此说明。）

（原载于2009年8月15日至16日山东烟台海阳市召开的“中国农村土地流转问题研讨会论文集”。）

世界各国商事立法概况及其对我们的启示

一、世界各国商事立法概况

商事法律制度是为适应商品经济发展的需要而逐渐产生和发展起来的。综观世界商法发展的历史过程，商法大体上经历了一个从零散性的规定—商事习惯法—商人法—近现代商法这样一个发展历程。在商品社会初期，虽然存在一些商事法律制度，但是都散见于其他法律制度和有关的法规中。后来这些商事法律制度又逐渐被归纳在一些综合性的法典之中，同时一些商事习惯开始为商人和商业组织所接受并遵守，开始调整商业交易关系。到中世纪，随着商业的迅速发展，商人的地位也得到了提高，出现了一些商人团体，因而，维护商人利益便成为了商法的核心内容，商人法的出现标志着西方社会已经进入了一个新的历史发展阶段，即社会结构已经由封建的等级制度向以财富为核心的近代社会的转变，商法也逐渐由零散性、习惯性向成文法过渡。从历史发展角度看，商法大体经历了古代商法、中世纪商法、近代商法和现代商法四种类型。

从今天的角度看，研究世界各国近现代商法的发展概况和基本情况，对于我们研究中国目前商法的立法问题是十分有益的。因而，笔者在研究中国“商法通则”立法问题之前，有意就世界各主要国家商事立法的基本情况做一些有针对性的探讨，以拓宽我们的研究视野，并从中探寻出对中国商事立法有借鉴意义的内容。

（一）法国的商事法律制度

1、《法国商法典》概述

颁布于1807年的《法国商法典》是世界近代第一部资本主义的商法典。其共分四编：第一编商事总论，规定了商人的法律地位、商业账簿、公司、夫妻一方为商人的财产分割、经纪人、质物和居间人、商业买卖和汇票等。第二编海商，详细规定了有关海上贸易方面的准则。第三编破产和倒闭，包括家资分散、破产、复权。第四编商事裁判权，包括法院的设立、管辖范围、诉讼方法等。

《法国商法典》首创了大陆法民商分立的立法体例，对大陆法系各国后来的民商立法产生了重大影响。此后，一些主要大陆法系国家都采用了这种立法体例。

但是，《法国商法典》与《法国民法典》相比，在内容、结构、篇幅、影响力等各方面都显示出其相对的贫乏与单薄，其大多是关于商事行为的一些具体规则，而商事行为的一般性原则则已经规定的在民法典中，其影响也远不如民法典。而且，该法典后来被屡次修订，并不断被其他单行法律所更改，这些单行法律在一定程度上已经完全脱离了商法典的范畴。因而，历来研究它的人也较少。目前，整部《法国商法典》能够适用的部分已经很少，其绝大多数条款已经被废除或修改，继续有效的仅有140多条，其中只有约30个条款保留了1807年的文本条款。这140多条的内容概括起来主要包括：商人、商业会计、商品交易所、居间商、质押和经纪商、商行为证据、汇票和本票、商业时效以及商业家庭。显然，这些条款已经远不能适应现实的需要，因此，对这部商法典的主要调整形式是以单行法的方式对法典的条款进行修改、补充或删除。在当今法国，大量的商事立法，包括上述商法典中涉及的立法以及有关商事公司、商业登记、海商、破产、银行、有价证券及其交易、商业租约、营业资产等方面的法律，也均未编入商法典。(注)因而，1807年

的《法国商法典》在现代法国商法体系中只起着框架的作用。注

出现这种情况的主要原因是：自19世纪末以来，法国学者曾力图对商法典加以全面修订，但迄今只完成了部分修订工作。要将所有的新的法规全部纳入单独一部法典，有许多实际困难。主要困难是：由于当今社会商业经济的飞速发展，使得商法所涉及的内容日益复杂，这些日益复杂的内容，已经无法在一部法典中完全地体现出来，所以，法国学者们建议将商法典分编成几部法典，以适应社会发展的需要。注

因此，由此可见，当代的法国商法已经朝着单行法方向发展。现在的《法国商法典》已经成为整个商事法体系中一个通则部分的内容，现代的法国商事法律制度是以《法国商法典》为基础，各单行法为主体的法律体系。

2、单行商事法概述

自19世纪下半叶以来，法国颁布了一系列重要的单行商事法律，这些法律主要有：1867年的《公司法》、1909年的《营业财产买卖质入法》、1917年的《工人参加股份公司法》、1919年的《商事登记法》、1925年的《有限责任公司法》、1930年的《保险契约法》、1935年的《票据统一令及支票统一令》、1936年的《海上物资运输法》、1966年《商事公司法》、1967年的《破产法修正法》、1985年《司法重整与清算法》、1985年《期货交易法》、1986年《价格与竞争自由法》、1988年《证券交易法》等。可见，法国的单行商事法已经涉及到商事行为的各个领域，已经承担起调整商事行为的主要的作用。

法国这种商事法律体系，是否也给中国的商事立法提供了一个启示，即：衡量一个当代国家的商法体系的完备与否，是否是要以制定出了一部所谓完备的商法典为标准呢？因此，笔者认为，一部起着商事基本法作用的商法通则，同样可以与其他单行法律一起构成一个国家完备的商事法律体系。

（二）德国的商事法律制度

1、《德国商法典》概述

1871年德意志帝国统一后，便着手统一法制的建设工作。德国先后制定了多部商事单行法和两部商法典。在德国的商法体系中，《德国商法典》居于核心地位，其他单行法是《德国商法典》的下位法和实施法。

旧商法典颁布于1861年，全称为《普通德意志商法典》，后来被废止。颁布于1897年，1900年正式生效的《德意志帝国商法典》，称新商法。新商法共4编31章905条。第一编总则，共八章，包括商人、商事登记、商号、商业账簿、经理权及代理权、商业辅助人、代理商、商业居间人。第二编商事公司及隐名合伙，共五章，包括无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、隐名合伙。第三编商事行为，共七章，包括总则、商业买卖、行纪业、承揽运输业、仓库业、货物运送、铁路运送。第四编海商，共十一章，包括总则、船舶所有人及船舶共有人、船长、货物运送、旅客运送、风险借贷、共同海损、海难救助、船舶债权人、海上保险、时效。德国新商法的立法体例为许多国家所效仿，如，奥地利、瑞典、丹麦、挪威、瑞士等，这些国家的商法立法模式形成了具有独特风格的、著名的德国商法法系。该体系的共同特点是：商法典在国家整个商法体系中居于核心地位，其所规定的基本原则、规则、制度，不仅是从事商事行为应当遵循的基本法则，而且，也是其他商事单行法立法和适用的基础和基本准则。

这部商法典是德国商法的基本法。狭义上的德国商法就是指这部商法典。而在现实中，构成德国商法体系的，除了《德国商法典》外，还包括其他若干行政法规以及《海商法》、《内水航运法》、《公司法》、《工商权利保护法》、《有价证券法》、《银行法》、《交易所法》等。

《德国商法典》自颁布以来，几经变易，至今已被频繁修改并分立出多个单行法规。迄今，《德国商法典》已被修改42次，涉及的条款有几百处，其中比较大的修改有6次：

第一次，1937年，把股份公司和股份两合公司法从商法典中分离出来并另行单独立法。

第二次，1953年，对代理法条款进行修改，一是把代理人与商事辅助人以及其他商事雇用人加以明确区分，二是把“商事代理人”概念改为“代理商”概念，三是对代理商的权利义务重新作出规定。

第三次，1970年，确立了农业和林业经营者的商人地位。

第四次，1986年，根据欧共体的有关政策规定，把原来《德国商法典》中关于商事簿记的规定从第一编中删去，与关于资产负债表的规定一起，组成新的第三编，内容由原来的10条扩充为102条。

第五次，1989年，把《德国商法典》的篇章结构划定为商事总则、公司和隐名合伙、商事账簿、商行为和海商，共五编。

第六次，1998年，颁布了《商法改革法》，对原有的《德国商法典》进行修改，其内容包括：

（1）简化了商人分类，把法定商人和登记商人合二为一，并改称为企业主概念。并把小商人并入任意商人之列。

（2）改革商号制度：其一，废除法律对于商号的限制，把原先人合公司只能用人名商号（其合伙人的姓名），资合公司只能用物名商号（经营标的物）的规定予以废除，允许所有商人都可以任意选择人名、物名甚至虚构名称作为商号。其二，所有商事公司都必须在商号中表明其公司的法律形式。其三，所有商人都必须在商业信函上注明商号。

（3）增强了人合商业公司的生命力。规定人合商事公司在其无限责任人退伙时，原则上可继续存在，从而使得人合公司和资合公司之间的差异和区别逐渐模糊，使得二者更为接近，增强了人合商业公司的生

命力。注

百年来，伴随着《德国商法典》的不断修订，德国还制定了大量的其他商事法规，但是，这些法规大多都脱胎于《德国商法典》，如1890年《有限责任公司法》、1901年《保险法》、1908年《保险契约法》、1933年《票据法和支票法》、1965年《德国股份公司法》、1976年《德国参与决定股份法》、1994年《德国公司改革法》。这些法律都是由《德国商法典》中原有的内容延伸、发展而来的，如1965年《德国股份公司法》就是由原《德国商法典》中的第二编商事公司及隐名合伙脱胎而来的。

当然，在《德国商法典》颁布后的100年间，为了适应社会经济的发展，德国商法也发生了不小的变革。这种变革主要体现在二次大战之后的60年间。这些变革包括：

（1）商主体新理念的确立

第二次世界大战之后，随着商业的飞速发展，商业组织也越来越复杂化和多元化。《德国商法典》中原有的诸如无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、隐名合伙等商业组织形式，已经不适应社会经济发展的需要，于是，立法者便把商法典中有关商业组织的规定逐渐分离出来，商业组织的主要形式由公司向企业过渡，并且逐渐地用企业法的概念取代公司法的概念。其中核心的变革是：将传统的商法中把商业组织的活动纯粹当作私人之间的经济活动，而不承认企业作为一种社会制度和经济力量具有组织上的独立性与自主性，更不去考虑企业职工在参与企业管理中的权利和义务的立法指导思想，变革为把企业看作社会组织中的一个重要组成部分，它不仅具有独立性与自主性，而且对社会还有着其不可推卸的义务和责任。因而，在立法上逐步确立其企业的法律地位，逐步形成了颇具特色的企业法理论体系。20世纪50年代以后，德国政府对商法典作了许多修改，并公布了一些重要的立法，如1951年的《钢铁工业共同决策法》、1965年的《公司法》、1976年的《共同决策法》等，就是这一新理念的产物。1951年成立的企业法改革委员会指

出，用公司法处理企业问题不能充分反映企业的实际情况，企业法是比公司法内容更加广泛的概念，企业法应该包括公司法。1965年的《公司法》有关联合公司的一章，就不用“公司”的概念，而改用“企业”一词。可见，德国商法已经不再把企业活动视作纯粹的私人的事情，一切企业无论其性质与规模如何，均应受法律的管制，而企业法则是规范企业活动的基本准则。该企业法理论体现了德国商事立法愈来愈趋向于社会性和全民性，反映了德国社会的变化及其发展趋势。

（2）企业集团制度的确立

德国1965年的《股份公司法》首次出现了企业集团（康采恩）的概念。康采即指联合企业，其具体可分为事实康采恩、契约康采恩和联合企业㊟三类。这三类企业共同构成了德国重要的商主体形式，也为德国经济的发展注入了新的经济体制。

（3）职工参与决策制度的确立

德国的有关职工参与决策制度，最早出现在煤炭和钢铁业中。但是真正从法律上予以确认，是1951年颁布的《矿冶业参决法》。该法规定：拥有1000名以上职工的公司，监事会由5名资方代表、5名劳方代表以及另外11名中立的成员组成；公司董事会中须有1名劳方董事，且上述劳方代表与资方代表在公司监事会上处于同等地位、享有同等的权利、承担同等的义务。1956年的《矿冶业参决法修正案》将职工参与决策制度扩大适用于含有煤炭公司或钢铁公司的康采恩。1976年的《参与决定法》又规定，拥有2000名以上职工的公司，监事会由人数对等的股东代表和职工代表组成，根据公司规模的大小，每方代表为6人、8人或10人，且公司董事会中必须要有1名劳方代表。德国确立职工参与决策制度的目的主要在于：控制企业权力的膨胀，实现企业民主管理，缓和劳资矛盾。该制度与上述的企业集团制度是德国企业法以及商法中的独有的制度。反映了德国立法者与时俱进的精神理念。

2、立法特点

纵观德国商事立法，其具有如下两个显著的特征：

（1）采取主观主义的立法体例

《德国商法典》采用主观的商人主义立法例，即对“自然人”、“法人”与“商人”作出界定和区别，以体现对商人的特殊关注。按此原则，商人是商法的中心，同一行为，商人为之，适用商法；非商人为之，适用民法或其他法律。《德国商法典》的商人主义既区别于中世纪的商人法，又有别于《法国商法典》的“商行为主义”。中世纪商人法是一种商人自治和商事习惯法，商人与其他非商人具有等级身份上的严格区分。而《德国商法典》是以其同时生效的《德国民法典》为基础，民法中关于民事权利能力、平等原则的规定，对商人同样适用。而且，随着商人在法律上受到广泛关注，对其的规则、规范最终上升为国家法律。这种商人身份的“国家性”，与中世纪商人以职业为本质特征并被广泛地适用于不同地域的商人有着十分明显的区别。再者，《德国商法典》采取主观主义原则，以“商人”来解释“商”，而不是以“商行为”来解释“商”，体现了《德国商法典》不采民法典以“法律行为”为中心的特点，而是以效率、简捷为目标，即以形式上的、定型化的“商人”概念来追求商法的目标价值。这种明显地界定民法典与商法典的区别的立法例，乃德国商法体系的最主要的特色。该立法例为奥地利、瑞典、土耳其、日本等国所接受，从而形成了所谓德国商法体系。

（2）采取商法典加独立的单行法的发展模式

《德国商法典》及其商事立法，采取商法典加独立单行法的商法分立的模式，即在《德国商法典》颁布以后，国家以独立的单行法的形式，在商法典之外不断第颁布其他单行法规，以弥补商法典的不足。例如，《德国商法典》中原本就没有诸如《票据法》、《支票法》、《保险法》、《保险契约法》、《破产法》等内容，而《海商法》也只是部分列入其中，这些法律都是以单行法的形式独立地存在于商法典之外的，这就形成了一种商法典加独立的单行法的发展模式。而在此模式下，商法典本身的基本架构并未得到根本性的改变，其修订的主要方式

是另立新法，而非如《法国商法典》那样以删除法典的内容为其主要的修订方式。所以，有人将《法国商法典》的发展模式描述为补充式的模式，而将《德国商法典》的发展模式描述为附加式的模式。注而这种发展模式，体现了德国商法的整体性的效果与功能，值得我们认真地学习与借鉴。

（三）日本的商事法律制度

1、《日本商法典》概述

《日本商法典》从一开始就继受《法国商法典》，继而又全盘模仿德国旧商法典，并于明治三十二年（1899年）6月16日起正式实施以德国旧商法典为蓝本制定的日本新商法典，至今已有109年的历史。在此期间，日本商法历经风雨沧桑，走过了一条不平凡的发展之路。

明治最初十年，日本政府大力倡导殖产兴业政策，因此，制定一部体系完整的商法典便成为了日本当时的一种现时的需要。于是，明治政府设立了法律取调委员会开始了商法典的制定工作。为了尽快地完成商法典的制定任务，明治政府以德国人勒斯勒尔制定的商法典草案为基础，于明治二十三年（1890年）4月26日制定出近代日本第一部商法典（即日本旧商法典）。

勒斯勒尔草案是以法国商法典为蓝本，在斟酌了德国旧商法和英国法律的基础上，调和而成的，是一个集大陆法系与英美法系特点的混合体。其由总则、第一编“商的一般事”、第二编“海商”、第三编“倒产”、第四编“商事相关的争论”五部分组成，共33条。

日本明治政府之所以要急切地颁布商法典，主要是为了企图撤废英国、德国等国强加给日本的领事裁判权。在明治十九年（1886年）6月15日召开的第六回条约修正会议上，英国与德国提出了修正案，提出日

本必须以颁布商法、刑法等重要法典并且任用外国人为裁判官为前提条件，才能换取领事裁判权的撤废和内地开放的实现。日方完全接受了这些条件，便立即匆忙地开始了商法典的编纂。为了加快商法典的编纂速度，他们就把德国人勒斯勒尔的草案拿来作为法典的蓝本进行审议和讨论。在审议了八个月以后，于明治二十三年（1890年）4月26日予以公布，并于次年1月1日开始施行。

旧商法由总则、第一编“商的通则”、第二编“海商”、第三编“破产”四部分组成，共1064条，属于法国法的编制体例。但是，伴随着旧商法的颁布，在日本展开了一幕围绕商法典的激烈论争。论争的主要围绕着是商法与民法谁应当先公布以及旧商法典中有关商业账簿和商号等的规定与日本商习惯相违背的问题展开。论争在商法施行延期派和商法实施断行派之间展开。前者以日本国内的英国法派、元老院、东京商工会为主，后者则以法国法派、政府、大阪商法会议所等为主。前者认为，旧商法无视日本国旧有的习惯，不符合日本的国情，况且，如果先施行商法，而后施行民法也不适当；与此相对，断行派则认为，日本国旧有的商习惯有不确定且不统一的缺陷，在立法中不必要墨守这些陈规。

经过论争，明治二十三年（1890年）12月27日《商法及商法施行条例施行期限法律》制定颁布，旧商法被延期至明治二十六年（1893年）1月1日施行。可是，论争仍未结束，经过反复较量，最终，双方达成协定，明治二十六年（1893年）7月1日起，源于旧商法的公司法、票据法、破产法，及有关商业登记簿、商业账簿的规定开始施行。之后，日本成立了法典调查会，开始对民法、商法及附属法律进行调查审议，同时开始起草商法修正案（即新商法典草案）。明治三十一年（1898年）11月7日帝国议会通过了商法修正案，次年3月9日新商法典被颁布，于商法施行法一同于同年6月16日开始施行。

新商法典受德国旧商法的影响，由第一编“总则”，包括商人、商事登记、商号、商业账簿、商业使用人、代理商等。第二编“公司”，共七

章，包括总则、无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、外国公司、罚则。第三编“商行为”，共十章，包括总则、买卖、交互计算、隐名合伙、居间、行纪、承揽运送、运送营业、寄托、保险。第四编“票据”，共四章，包括总则、汇票、支票、本票。第五编“海商”，共六章，包括船舶及船舶所有人、船员、运送、海损、保险、船舶债权人，五编，共689条构成。日本新商法典的颁布施行，特别是股份公司的设立，对于日本经济的迅速腾飞起到了非常积极的促进作用。

2、日本商法的修改与发展

《日本商法典》自实施以来，进行了多次修订，主要的修改就有十几次，但是，这些修改基本上都集中在有关公司制度的修改上，其中尤以股份制公司制度修正案的讨论最为热烈。例如，1911年对公司编进行了修改，涉及一百多条；1938年对公司编的条文重新进行排列，同时还单独制定了《有限公司法》。1981年的修改最为重要，修改的内容涉及强化董事和监事的监督机制、强化股东大会的监督机能、强化对法人股的限制等。2000年的修改引入了公司分立制度，以弥补日本商法中没有明文规定公司分立的缺陷。正是由于日本对商法典的不断地修改与完善，使得日本商法典历经百年而不衰，始终是日本调整商事活动的主要的依据，反映了日本这个民族与时俱进、不断进取的优良传统。

3、日本商法的基本框架

《日本商法典》是继受法，其形式和编排继受了1807年的《法国商法典》，但大部分条文和内容则继受了1861年颁布的《普通德意志商法典》。正是由于《日本商法典》兼采法国的商行为主义和德国的商人主义的两重标准，使得其形成了具有折衷性质的独特的日本商法体系。这个体系内容庞杂、广泛，涵盖了商行为的所有领域。

（1）涉及商业基本准则的所谓“商业大法”体系

该体系涉及的面十分广，主要包括：宪法和公法中涉及商业的条款；独立的商法典；民法中关于商业活动的规则；刑法中关于对商人、商业企业违法犯罪行为进行处罚的规定；税法、会计法中关于对商人、商业企业的有关规定。例如，日本刑法第三十五章侵害秘密罪之第318条规定的泄露企业秘密、三十七章诈欺之罪之第338条规定的营业的诈欺，对于泄露企业秘密和营业的诈欺等违法犯罪行为规定了刑事处罚。

（2）单行的商事法规

日本除了统一商法典之外，还颁布了大量的单行商事法规，以为商法典的补充。如在商业组织方面，有《商业登记法》、《有限公司法》、《百货店法》、《商品交易所法》、《批发市场法》、《公司更生法》、《中小企业基本法》等。在商行为的规制方面，有《禁止垄断法》、《保护消费者基本法》、《不正当竞争防治法》、《分期销售法》、《票据法》、《支票法》、《运输业法》等。规范政府商业政策方面，有《囤积商品防治法》、《物价统制令》、《破产法及和解令》、《商品特别法》、《食品卫生法》等。可见，日本商法的范围十分广泛，内容也较完整。

由此可见，日本的商法体系的特征是商法典加作为商法典补充法的商事单行法规的模式，这样的优点在于：一来保证了商法体系的完整性和系统性；二来增强了商法的灵活性和开放性。使得整个商法体系既体现了法制的统一性，又为商法的发展提供了一个较为广阔的空间。商法典及其他国家基本法，明确了商事行为的基本准则；单行的商事法规，规定了商事行为的具体规则和商法典没有规范、需要继续发展的空间和内容。因此，笔者认为，这种模式可以对中国的商事立法有所启迪。

（四）英国的商事法律制度

1、概述

英国最初的商法来源于中世纪的商人习惯法。这些习惯法规定，凡是主张适用商法的人，必须首先证明其商人地位。所以，商法是某一特定阶层人的法律，他们主要是从事海外贸易的商人。因而，带有浓厚的身份色彩。直到18世纪中叶，那些用于调整商事行为的商业习惯才开始适用于所有参加商业交易的人。

英国商法在法律渊源上表现为：普通法、衡平法、制定法和习惯法。现在，其中制定法的作用越来越受到重视。

1066年，英国建立了中央集权的封建专制国家，国王派到各地收税的官员及后来的巡回法庭，以当地的习惯为准则判决案件，后来将判决形成统一的标准，作为普遍适用全国的普通法。到14世纪末，英国的对外贸易开始活跃起来，1313年，爱德华二世建立起了羊毛出口的集中地制度，要求无论是本国商人还是外国商人，都要把羊毛运送到大陆上的圣奥梅尔集中销售。同时，英国政府还施行了对本国商人的保护主义和重商主义政策，使得英国的工商业逐渐取得了对农业的优势。这一时期，英国还成立了具有近代意义的公司组织，如15世纪开始出现的以经营呢绒为业的商人冒险家公司，以及商人自己组织的“英格兰商人会社”等。这些新情况的出现，使得普通法越来越不适应资本主义生产关系的发展的要求，于是，从14世纪开始，英国通过了一系列的涉及商人的商人法，如1303年的《贸易特许状》、1311年的《贸易中心法》，以及贸易中心法院的设立，此外，再加上当时欧洲最为完善的海商法典——《奥内隆法典》对英国的影响、英国海事法庭的设立，等等，这些都有力地促进了英国商事法律制度的发展。15世纪开始，英国的普通法开始吸收商人法的内容。例如，1477年的制定法就对市集法庭做出了一段限制，要求它们只能限于审理在开市期间的市集地界内发生的事项，从而缩减了市集法院对集市中发生的商事争议的管辖权，这标志着中世纪商人法正在走向结束，英国进入了一个将商人法吸收入普通法的时期。但是，随着英国经济的增长和海外势力的日益强大，传统的商人法以及来自外国的法律已经难以迎合正在成长为商业强权的英国政府的意志。于是，商人法开始衰落。而英国的商人阶层也日益成熟，终于导致

了1477年制定法的产生，将商人法纳入了国家法律体系之中。随着1517年的《破产法》和1601年的《保险法》的出台，商事裁判所也应运而生，继而终于于1689年颁布了第一部《仲裁法》。

19世纪，英国开始了商法法典化运动。随着英国国会在立法方面的作用日益突出，国会立法对商法发展的促进作用越来越受到人们的关注。尤其是1873—1875年的英国司法改革使得普通法系统与衡平法系统归于合并，英国政府从立法的角度对普通法开展了系统化和法典化工作。于是，便产生了一批与商法内容相关的成文法，如1882年《流通票据法》、1889年《经纪人法》、1890年《合伙法》、1893年《货物买卖法》、1894年《破产法》、1906年《海上保险法》、1907年《有限合伙法》、1924年《海上货物运输法》。经过19世纪下半叶至20世纪初的大规模的商事立法活动，英国现行的商事法律体系的框架基本形成了。

在19世纪至20世纪初的英国商法统一化运动的过程中，商人在其中扮演了十分重要的角色。英国自18世纪中叶开始产业革命，一直到19世纪30年代，这次革命才最终完成。产业革命的完成导致英国经济的迅速发展和繁荣。1850年至1873年被称为维多利亚中期大繁荣时代。1848年英国生产了占世界产量一半的生铁。在以后的30年中又使产量增加了两倍。至1860年占世界人口2%好欧洲人口10%的英国几乎生产了世界工业品的40—50%，欧洲工业品的55—60%。1850年世界近60%吨位的船舶在英国登记。奉行自由贸易政策的英国依靠整个世界作为产品市场和原料产地。[注]产业革命后，在英国工业中建立了以棉纺织业占优势的纺织业、冶金业和采煤业的工业结构。英国资产阶级采用机器生产，使商品成本不断降低，价格不断下降，从而在国际市场上不断打败竞争对手，夺取了商业垄断地位。产业革命也使得英国的海外运输和对外贸易占据了优势地位。英国出口额在1801—1850年间从2490万英镑增加到17540万英镑，增加了600%。英国在世界贸易总额中的比例在1820年占18%，1850年上升为21%。英国在世界工业、贸易和金融、海运业中处于垄断地位，并掌握了世界殖民地霸权。[注]

产业革命对英国的商业政策和法律产生了深远的影响。例如，早在1778年英国国会为了保护大地主和农场主的利益，曾通过一项《谷物条例》，限制小麦进口，并征收高额关税。此后，又在1791年和1815年分别颁布新的《谷物条例》，对小麦进口进一步严格限制。但是，随着这种关税保护政策对英国的经济发展和对外扩张，不仅没有积极作用，反而成为严重的障碍。德国、法国等国也相应地制定了一系列的关税保护政策，以抵制英国工业品在欧洲市场上的销售。此外，《谷物条例》还常常造成人为地抬高物价，使工厂主难于压低工资，降低成本，从而消弱了英国工业品的竞争力。因此，从19世纪上半叶开始，英国大工业资产阶级同土地贵族、金融贵族、大垄断商人围绕取消保护关税政策，展开了剧烈斗争。直到1846年6月，英国废除了《谷物条例》1849年取消了少数临时性的捐税，从此，英国商业正式进入了自由贸易时代。㊟正是在上述背景下，于19世纪英国才开始了商法法典化运动。在这场运动中，新兴的代表大工业经济的商人，起到了重要的作用。应当说，如果没有英国大工业商人的积极努力，英国是不可能于19世纪出现那场商法法典化运动的。

除了新兴商人阶层以外，法律人对这场商法法典化运动也起到了重要的推动作用。例如，曾经是四部制定法的起草人的麦肯锡·查尔摩斯勋爵（MacKenzie D. Chalmers）对英国商法的成文法化于单行制定法的发展具有标志性的贡献。这场商法法典化运动的发起者是利昂尼·莱维(Mr. Leone Levi)，他是伦敦大学国王学院的教授。它倡议并组织了著名的“英国商法统一化于法典化”会议，并且在他的联络与协调下，1853年6月，政府专门设立了一个皇家委员会，对“大不列颠与爱尔兰不同地区间的商事法律如何进行统一”的问题进行调查与研究，他还撰写和汇编了大量的商法著作，并比较了大不列颠与其余六十余个国家的商法法律与商法典，为英国商法的法典化提供了理论上的准备。㊟

可见，英国商事法律制度的发展同样经历了曲折、复杂的发展过程。其后，笔者欲就英国商法中几个重要的法律作一些简要的评述。

2、货物买卖法

1847年，英国法学家斯托利出版了关于商品买卖的著作，到1891年，赫谢尔向议会提出了制定商品买卖条例的建议，受到多数议员的支持。1893年，英国正式颁布了《货物买卖法》。1979年对该法进行了修改，于1980年1月1日生效，成为英国现行的主要商法。该法共7章64条160多款。分别是：第一章“法律的适用范围”；第二章“契约的订立”；第三章“契约的效力”；第四章“契约的履行”；第五章“未得偿付之出卖人的权利”；第六章“违反契约的诉讼”；第七章“本法的履行”。

根据1979年的《货物买卖法》，货物买卖合同是出卖人为取得价金货币的对价而向买受人转让或同意转让其货物所有权的合同。如果以物换物，或以劳务换物，都不属于买卖合同。同时，货物买卖合同还必须与租赁合同区别开。根据英国商业买卖法分类，货物买卖合同由1979年的《货物买卖法》调整，而租赁合同和承揽合同则由1982年的《货物与劳务供应法》调整。

根据《货物买卖法》的规定，条件是买卖合同的重要内容，是合同的根本性条款，签约一方如果不履行条件，另一方可以解除合同。货物买卖契约的标的物，是指金钱和劳务以外的一切动产，并对现货交易与期货交易作了区别规定：如果买卖标的物已为卖方所有或占有，称为现货买卖；如果货物是在卖方预制后才能取得，则是期货交易。在交易风险转移问题上，英国实行物主承担风险原则，将风险转移同所有权转移结合起来，所有权何时转移，货物的风险同时转移，而不论货物是否已经交付。英国法对特定物和非特定物所有权的转移规定了不同的处理规则：在特定物买卖中，所有权何时转移完全取决于双方当事人的约定，若合同未明确规定，由法院酌情确定双方的意旨。非特定物的买卖在将货物特定化之后，其所有权才转移于买方。但是，卖方在合同中特别声明在其所提条件，如买方付款以前，则可以保留对货物的处分权。在该条件满足后，货物的所有权才转移于买方，而不论该货物是特定物还是非特定物，也不论该货物是否已经特定化。物品交付运送人或保管人以

便交付买主时，便认为已交付给买主，所有权因此转移。

1979年《货物买卖法》，增加了默示保证条款。该法第13条规定，在通过说明书进行货物买卖的情况下，合同中含有一项重要的默示条件条款：该货物必须与说明书相符合。该法第14条对货物的适销性作出了规定，要求货物必须具有安全性、免受微小瑕疵以及产品具有耐用性。

此外，1979年的《货物买卖法》采取了原则性与灵活性相统一的原则，即任意性较多，赋予法官更多的自由裁量权。比如，该法规定，原则上遵照当事人合同约定；无约定的，必须交付合理对价，而“合理的对价”则是按照具体案件的不同情况而决定的事实问题，赋予了法官很大的自由裁量权。

3、合同法

英国的合同法的大多数原则是18世纪前后根据商品经济的实际情况发展和完善起来的。根据英国法律，合同是这样一种或一系列许诺：违背它，将依法律产生责任或补偿；履行它，法律将确认它为一种义务。商事合同的有效条件为：(1)必须在当事人双方之间存在协议；（2）双方必须具有通过该协议设立法律关系的意图；（3）合同必须具有有效的对价，不具有对价的协议只有在符合盖印合同条件时，才具有法律效力；（4）合同当事人必须具有订约能力或资格；（5）合同行为中排除了法定无效事由。

在现代社会，某些领域的标准合同或法律推定条款制度越来越为商家所倡导和青睐，但是，这种标准和制度同时也给消费者带来了诸多的不公平。对此，英国政府进行了强制干预，于1977年颁布了《不公平合同条款法》。根据该法，判断标准合同条款存在的形式是否合理的重要标准，是该条款是否达到了提请消费者注意的合理程度。根据该法的规定，对不公平条款的控制方法有四：（1）对那些排除或限制了当事人一方的“过失责任”的免责条款的控制；（2）排除或限制了一方在合同

中违反默示条款所产生的责任的免责条款的控制：（3）关于一些宽泛性问题的控制；（4）合理性检验原则。

4、公司法

英国公司法主要采用成文法形式。现行是公司法是以1948年《公司法》为主体，以1967年、1976年、1980年和1989年《公司法》修正案为补充构成的。另外，1949年的《公司清理规则》、1958年的《防止欺诈（投资）法》和1963年的《股份转让法》以及其他法规中的有关规定也是英国公司法律制度的组成部分。

在英国，公司仅指有限责任公司，凡是全体股东（或部分股东）负无限责任的，都属于合伙。并且，公司并非仅指以营利为目的的公司，也包括非营利性的公司。具有法人身份的公司可以依据皇家特许权、成文法或法定要求而设立。其中绝大多数公司是根据法定要求通过注册登记而设立的。

英国公司的设立，必须订立公司章程，同时章程必须登记。章程要有普通章程和基本章程。普通章程是规定公司的内部组织，包括股份的转让、股东的权利义务、董事会组织等等。基本章程是对公司必要事项的规定，如公司的名称和种类、所在地、公司营业种类、股东的责任、资本数额、各股东负担的资本额以及股东的签名等。

公司一般均要设立董事会，董事对外代表公司，对内执行业务。公司要设有秘书、经理、监察人。公司的权力机关为股东大会，董事由股东大会选举。公司利益的分配，依章程规定，由每年股东大会决定。

英国公司的解散由三种形式：（1）强制解散。公司经营违法、公司停业达1年以上、公司不依法召开股东大会或不依法提交报告书等等，法院可命令公司解散。（2）任意解散。股东大会决定自动解散；债权人也有权提出要求公司解散。（3）监督解散。在法院监督下解散。公司解散后，均须进行清算，根据不同情况，采取不同的清算方

式。注

公司负债过多，但尚未破产，可以进行重整。重整时，由公司邀请债权人参加进行重整，也可由法院派人监督进行。通过重整，若能解决困难，公司可以继续营业，或实行改组后继续营业；若不能解决困难，则公司转入破产。

5、合伙法

英国合伙制度主要由《1890年合伙法》和《1907年有限合伙法》以及有关的法规构成。合伙实际上包括两种形式：

（1）普通合伙

在英国，合伙组织的商号一般应以普通合伙人的姓名命名，在姓名之后可以加上“商号”或“公司”字样，但不得冠以“有限”字样，否则会被处以罚款。

一个合伙可以没有合伙协议，但应当依据合伙章程确定合伙人之间的关系。每个合伙人都可以参加合伙的经营管理活动，每个合伙人都被视为自己和其他合伙人的代理人。任何合伙人为合伙业务而与善意第三人所发生的业务关系，对合伙及全体合伙人都有约束力。合伙人单独地并以自己所有资产对合伙的债务承担责任。合伙人是合伙财产的共同所有人，对合伙组织的法院判决可以通过执行任何一个合伙人的财产来实现。

合伙人之间的意见有分歧时，须服从多数合伙人的意见。在全体一致同意下，可允许新合伙人参加，但除非契约有约定，不得以多数人来驱除个别合伙人。合伙可以在一个确定的时期内存在；自某些情况下，法院的命令可以解散合伙。

（2）有限合伙

它是合伙与有限公司的混合物。这种合伙必须在公司登记机关注

册。有限合伙人是依认缴额缴纳合伙资本或其他财产，并以其出资额为限对合伙债务负责的合伙人。有限合伙人不得抽回其出资，否则，就须对因其抽回出资而发生的合伙债务负无限责任。有限合伙人不得参与合伙的管理。有限合伙解散时，除法院发出相反的命令外，合伙事务应由普通合伙人清理。

6、票据法

英国票据法主要是指1882年制定《票据法》和1957年制定的《支票法》。前者是一部具有重要影响的商事成文法，不仅适用于英国，而且在多数英联邦国家中均有广泛的适用性。该法共六章100条，概括了汇票、支票和本票的基本规则。其主要内容包括：第一章通则；第二章汇票；第三章银行支票；第四章划线支票；第五章本票；第六章附则。《票据法》的最大特点是采取包括主义的立法原则，强调票据的信用和流通功能，严格确定票据的无因性。英国没有有价证券的概念，只有流通票据的概念，汇票、支票、本票、银行券、股息单、国库券、银行存单等均属于流通票据。《票据法》将票据分为两种：期票和汇票。凡发票人明白允诺自己为给付的就是期票，凡发票人明白指示由第三人为给付的就是汇票。支票也由第三人为给付，所以支票为汇票的一种。而公司债券等各种公债券都是允诺自己为给付，都属于期票的一种。后者共8项条款，主要规定了对银行兑付行为的特殊保护规则，无背书支票的效力，非票据性证券的法律准用规则等。

除了上述两个成文法外，1917年的《公证期间汇票法》、1970年的《金融法》、1971年的《银行和金融交易法》和有关的修正案，也是英国票据法的组成部分。

（五）美国的商事法律制度

1、概况

美国商法的发展大致经历了四个阶段：

第一个阶段：殖民地时期。

自1607年英国人在弗吉尼亚建立第一块殖民地以来，英国与北美殖民地的关系并不是十分密切的。商人们仅仅把殖民地看作是英国商品的销售地和原料生产地，因此，它们之间的关系实际上是一种商业性的关系。英国政府也把北美殖民地纳入到帝国商业的链条上，而时时关注的是与英国本土的商业活动息息相关的商事活动与贸易立法问题。例如，1660年的《限制出口列举法》规定，禁止殖民地向除英国和其他殖民地以外的任何国家出口大米、糖、烟草、染料和米料等。这一立法的目的就是要让英国的商人成为北美殖民地与欧洲之间的中间商，使利润主要掌握在英国商人手中。又如，18世纪之前的《限制制造法》规定，不得将任何在英国殖民地生产的羊毛、纱线和羊毛制品以出口为目的装运到船舶、马匹、货车或其他陆上运送工具上，不得运送到英国种植园以外的地方。1732年的法律又规定，不得向英国、欧洲大陆或任何其他殖民地出口帽子，但是允许为满足殖民地内部生存需要而产生的制造业。1750年法律还规定，殖民地不许建立钢铁锅炉和长条切口轧钢机等生产设备，只可以生产制造类似螺钉等市场常用的小工具。㊟可见，这一时期关于北美殖民地的立法主要的目的在于避免殖民地出现能与英国本土工业发生竞争的工商业，并试图通过法律手段使得整个殖民地经济为整个帝国的总体目标服务。

第二个阶段：独立战争以后时期。

这一时期美国基本上保留了英国原有的法律体系。弗吉尼亚的制宪会议就明确宣称：在詹姆斯一世在位的第四年之前，英国的普通法和所有制定法以及帮助普通法发挥作用的国会法案，连同殖民地当时有效的法律，只要其与法令、宣言和一般大会决议没有明显的违背，都将被认为具有完全的法律效力，直到被联邦的立法权改变为止。南达科他州明

确规定，普通法的规则，包括商人法的规则，在本州具有效力，除非它们与主权权力的意志相冲突。因此，当时美国商法的主要渊源包括：独立时在各州内仍然生效的英国制定法和普通法以及所有具有普遍性的商业习惯和经法院承认的具有法律效力的商事习惯。㊟

第三个阶段：南北战争之后时期。

南北战争之后，美国出现了大规模的经济腾飞，随着大型企业的出现和扩展对美国的经济与商业发展产生了根本性的影响。特别是随着企业之间垂直与横向合并情况的出现，一些大型的被证明是行之有效的大型的控股公司的出现，使得美国社会的经济面貌发生了根本性的变化。美国开始由传统的经济形态迅速地向现代经济形态转变。特别是《宅地法》的实施促进了全国范围内的移民热潮，不断涌现出新的州，使得各州不同的商法愈发成为阻碍美国商业发展的一大法律障碍。同时，英国于19世纪末相继制定了《票据法》和《货物买卖法》等单行制定的成功实践，使得美国深深感到，要让经济在短时间内得到快速发展，法治的支撑是至关重要的关键一环。于是，在19世纪20世纪初的美国出现了商法统一运动。经过十年的努力，美国先后颁布了《统一流通票据法》（1896年）、《统一买卖法》（1906年）、《统一仓单法》（1906年）、《统一提单法》（1907年）和《股份转让法》（1909年）。这些法律均受到各州的广泛接受。从而开启了美国一个商事立法的新的时代。

第四阶段：《统一商法典》的颁布。

尽管20世纪初的美国统一商法运动已经取得了很大的成果，制定的法律为大多数州所采纳，但各州议会在采纳时往往会作出各自不同的修改，以致一些统一法最终变得面目全非，而且各州的法院在解释上又各行其是，甚至仍然以过去的判例法为根据。此外，已经颁布的《统一流通票据法》和《统一买卖法》是以英国的《票据法》和《货物买卖法》为蓝本的，到了20世纪30年代越来越难以适应新时期商法的发展的需要，因此，在30年代中期，在纽约州的商业联合会的促进下，开始了修

订《统一买卖法》的运动。他们建议，国会以联邦立法的形式通过《统一买卖法》，以调整对外贸易和州际贸易。1940年，统一州法委员会正式任命哥伦比亚著名法学家卡尔·卢埃林教授为专家起草人，负责《统一买卖法》的修订工作。当时的统一州法委员会主席威廉姆·斯奈德在委员会成立50周年大会上发表演讲指出：过去颁布制定的各部统一的法律自通过并由各州接受以来，商业交易的方式起了很大的变化，在流通票据、提单、仓单、股份转让、买卖和托收等法律中产生了许多重复与抵触的地方，因此有必要重新修订。但他同时建议，与其为了修订个别单部法律，不如集中准备一部在所有53个司法管辖权下都适用的大一统的《统一商法典》。这一建议成为了《统一商法典》的最初的构想。卢埃林教授很快对这一建议表示了积极的响应，他表示由他负责修订的《统一买卖法》既可以作为一部独立的法律，也可以被当做《统一商法典》中的一个章节。但是随后而来的第二次世界大战延缓了这次立法活动，尽管如此，到1944年还是完成了《统一买卖法》的修订。但是，与此同时，《统一商法典》的编纂工作也开始了。当时组织这次立法活动的是统一州法委员会和美国法学会，计划用五年时间完成。经过一个专门编辑组的4年的工作，到1949年《统一商法典》的起草工作已近尾声。经过各方面征求意见，作了进一步修改后，1951年美国全国统一州法委员会和美国法学会批准了正式文本。自此，经历了12年的努力之后，美国法律史上最引人注目的法典终于问世。《统一商法典》公布以后，立即得到了社会的好评，主持这项工程的威廉姆·斯奈德被授予美国律师协会金奖。截止1968年底，除路易斯安那州以外的49个州、哥伦比亚特区和美属威尔京群岛都颁布了《统一商法典》。[注]

美国商法的发展历程和《统一商法典》的制定过程，至少给我们提出了一下几点启示：

第一，一个独立的国家必须有自己的完备的法律体系，照搬和抄袭他人的东西，终究站不住脚跟，迟早要被滚滚向前的历史潮流所淹没。

第二，商事立法是与社会经济的发展程度和阶段紧密相连的，商事

活动的发展，必定会直接影响商事立法活动和立法原则及方法。

第三，国家法制的统一与法律的统一是一致的，当社会发展到一段阶段，必然要求法制和法律的统一，尤其是关乎国计民生的国家基本法律，必须有统一的规范，分散的、零散的规范，只能在一定历史时期起一定的作用，当在积累了足够的立法和实践经验之后，就应当把分散在各个法律中的，已经被证明了可以适用于当代社会的法制原则和具体规则，集中起来加以统一的、系统化的规范，以便于集中地规范和指导社会生活。

第四，法学者和非政府组织机构对于国家法制建设的作用是不容忽视的，从某些方面说，他（它）们的才智和作用是政府机构所不能替代的，国家应当充分发挥他（它）们在法制建设中的特殊的作用。

2、《统一商法典》的基本内容

（1）《统一商法典》的结构与体系

由于法典几经修改，已形成多个文本，每个文本的结构也不完全相同，现在多数州执行的是1972年的修订本。这一文本的法典共分10篇，40章共有405条。第一篇总则，共2章18条，包括本法的简称、解释和适用、一般定义和解释原则；第二篇买卖，共7章103条，包括简称、解释原则和适应范围、合同的形式、订立和修改、当事人的一般义务和合同的解释、所有权、债权人和善意购买人、履约、违约、毁约和免责、救济；第三篇商业票据，共8章79条，包括简称、形式和解释、转让和流通、持票人的权利、当事方的责任、提示、拒付通知和拒付书、解除责任等；第四篇银行存款和收款，共5章37条，包括总则和定义、票证收款、付款银行与客户的关系、跟单汇票的收款；第五篇信用证，共1章17条；第六篇大宗转让，共1章11条；第七篇仓单、提单和其他所有权凭证，共6章40条，包括总则、仓单和提单的特殊规定、仓单和提单的一般义务、仓单和提单的流通转让等；第八篇投资证券，共4章41条，

包括简称和一般规定、证券的发行和发行人、购买、登记；第九篇担保交易，共5章55条，包括简称、适用范围和定义、担保协议的有效性和担保协议当事人的权利、第三方的权利、登记、违约；第十篇生效日期和废除效力，共1章4条。㊟

《美国统一商典法》的一个最大的特点就是：每一篇都涉及交易的一个阶段。由于商业交易的基本活动是买卖，而买卖在法律上的表现形式是合同，因此，法典对合同作了系统规定；而在现代，商业买卖的主要支付手段是票据，所以在买卖之后对票据的运作进行了规定；票据经过签发、背书转让，一般最后要通过银行收款付款，因此，紧接着对银行的收付款又作了专篇规定；而货物的买卖总要经过运输、储存，这就需要使用仓单、提单及其他所有权凭证，所以对这些单证的格式、流通和转让又做了规定；从事商业交易总是需要一定的资金，而现代社会大型公司一般以发行投资证券的方式来筹措资金，所以又专篇规定了投资证券；在效益与安全之间，现代商事活动偏重于安全，而担保又是保障交易安全的一种重要方式，因此对担保责任作了规定。由此可见，《美国统一商法典》的制定者完全是从商业实践的需要出发设计该法典的体系结构的，形成了独具一格的法典体系，重新解释了传统理论对法律体系的界定。

（2）《美国统一商法典》的基本原则

第一、契约自由原则。《统一商法典》中自始至终贯穿着契约自由原则。其第1—102条规定，法典应当得到灵活的解释和运用，以促进内在的目的和政策的实现。第2—719条允许当事人在合同修改或限制时以意定的方式约定补救方法，补充或代替法律的规定，并且可以限制或改变本编之下可以取得的损害赔偿的范围。在合同的订立和形式上，商法典对合同成立条件的规定十分宽松，之要求对货物的数量有所规定。

第二、灵活性原则。该法典第1—102条（1）规定；“本法应作灵活解释和适用”，灵活解释表现为各州可以解释法条；灵活的适用表现为各州及当事人对法条的采纳。首先，《统一商法典》的正式文本只有通

过各州采纳、经过州的立法机关通过才能成为该州境内的法律。而且允许各州在依据法典进行立法时，采用法典的不同文本，对所依据的《统一商法典》正式文本作各种变动，包括增添、删减、修改、限制。其次，法典明确规定“本法各条款的效力可以通过当事方的协议加以改变”，这一规定是使商人成为现代市场主体的根本保证。同时，法典又对协议改变法条进行了限制：一是在本法没有相反规定的情况下；二是本法规定的善意、勤勉、合理和注意的义务，不得通过协议加以排除。第三，法典的各条款既相互联系，又各自独立。法典制定的目的在于统一有关交易的法律，是一部旨在统一其领域内法律规范的一般法，整个法典是个有机的统一的整体。但是各条款又具有一定独立性，表现为如果法典的任何条款或其对任何人或任何情况的适用被判处无效，此种无效不应影响本法的其它条款或其适用，除非此种无效必然导致该其它条款或其适用的无效。第四，法典规定商业交易行为可以采取灵活的形式，这是一般的、普遍的要求，比如，法典明确规定：“货物买卖合同可以通过任何足以表明当事方已达成协议的方式订立，包括通过承认合同存在的双方的行为而订立。”但是，法典在这种灵活规定的同时，也对某些交易行为的方方式做了特殊规定，比如法典第2-201条明确规定价款达到或超过500美元的货物买卖合同，应当是书面。

第三，惯例、协议优位原则。法典第1-102条(2)　(b)规定：“使商业作法能够通过习惯、行业惯例和当事方协议不断获得发展。”这一规定成为《统一商法典》始终具有生机和活力的源泉。首先，协议能够改变法律条款的效力。法典的这一规定为协议进行了定位，确定了绝大多数规范的性质是任意性规范，揭示了现代商法的本质。其次，在惯例与协议之间，一般应认为惯例的效力优于当事人的协议，对协议条款起补充或限制作用。当然，如果明示条款对惯例有排除或修改，明示条款的效力就优于惯例。第三，法典在很大程度上是习惯、行业惯例的成文化，不少条款就是惯例的转述。

第四，诚实信用原则。第2—209条规定，合同修改并不以存在有对价为必要的规定。该条的正式评论指出，为了抑制此类不正当修改合同

的企图，依据本条达成的修改，合同必须符合诚实信用原则。总则部分第1—102条对诚实信用的定义是：对于普通人而言，仅要求在有关交易的事实上符合诚实的标准；而对于商人而言，其行为不仅要在事实上符合诚实标准，并且要符合本行业内关于公平交易的合理商业标准。

（3）《美国统一商法典》的基本内容

第一部分，总则

宗旨：法典第1-102 (2)明确规定：“本法之基本宗旨为： (a)使调整商业交易的法律更加简洁、明确并适应现代要求；（b）使商业作法能够通过习惯、行业惯例和当事人协议不断获得发展；（c）使各州调整商业交易的法律归于统一。”

解释和适用：法典第1-102条(1)规定：“本法应做灵活的解释和适用，以促进本法基本宗旨的实现。”

效力：法典在所有采纳《统一商法典》的地域内生效，对法典所界定的商人具有约束力，具有吸收法典公布以后的法律和补充法典公布以前的法律的效力。

第二部分，买卖

法典对买卖做了比较全面的规定：

买卖适用的范围。法典第2-102条规定：“本篇适用于涉及货物的交易。”

这里的货物是指特定于合同项下的有形动产，不适用于不动产及知识产权的买卖。可见买卖的适用范围非常狭窄。

买卖合同的成立。第一，关于合同的形式，法律采取不要式主义，肯定口头合同，体现效益理念，对书面合同做了明确规定，体现了交易安全的要求。第二，关于要约和承诺。法典把要约能够撤回视为常规，而把不能撤回的要约作为例外。第2-205条对不能撤回的要约作了严格的限制，要求是属于货物买卖的要约，是由商人作出的要约，是经要约

人签署的书面形式的要约，是有书面条款保证其效力的要约。并且，这种要约在任何情况下不可撤销的时间都不超过3个月。另外，法典为了有利于达成交易，促进买卖合同成立，改变了过去承诺必须与要约的内容完全一致，任何添加、限制或更改要约条件的答复都会导致拒绝要约后果的“镜像原则”。法典第2-207条明确规定了3种例外情况：（a）要约明确规定，承诺必须符合原要约条款；（b）补充条款对合同作了实质性改变；（c）在收到此种补充条款后的合理时间内，要约人通知受要约人拒绝此种补充条款。通常情况下，在合理时间内寄送的承诺表示或确认书，只要确定并且及时，即使与原要约或原同意的条款有所不同或对其有所补充，仍具有承诺的效力。第三，关于对价问题。法典规定修改合同的协议，即使缺少对价仍可具有约束力。第四，关于风险转移问题。法典将损失风险与所有权问题相分离，采用以交付时间取代所有权来确定风险的转移，并且明确规定：“如果当事方的协议与本条相冲突，以协议为准。”把货物风险转移作为合同内容，不考虑谁对货物有所有权，使复杂的问题简单化，有利于交易的顺利进行。第五，关于担保责任。为充分保护买方的利益，规定卖方的明示担保和默示担保责任。明示担保是卖方在合同中直接对产品作出的保证；默示担保是由法律规定，而双方又未作相反约定的卖方所应承担的责任，对货物权利的默示担保、商销性的担保以及适合特定用途的默示担保。

合同履行与当事方的义务。卖方的义务是根据合同转让和交付货物，买方的义务是根据合同接受货物并支付价款。当然，如果法院发现合同或合同的任何条款在制定时显失公平，法院可以拒绝强制执行。买卖双方都有义务保证对方对己方正常履约期待利益的实现，如果任何一方有合理理由认为对方不能正常履约时，可以用书面形式要求对方提供正常履约的适当保证，而且在他收到此种保证之前，可以暂停履行与他未收到所需之履约保证相应的那部分义务。

违约救济。买方违约，卖方可以采取中止交付、转售货物、取得损害赔偿、取得价款、解除合同等措施；卖方违约，买方的救济措施有解除合同、收回已支付的价款、补进货物、损害赔偿、要求实际履行、对

控制的货物有担保权益等。

第三部分，商业票据

商业票据的适应范围及分类。金钱、所有权凭证或投资证券不适用商业票据篇的规范。流通票据的形式有汇票、本票、支票、存折。

流通票据的要件。流通票据必须是书面，这种书面凭证必须具备的条件是：由出票人签名；包含一项无条件支付确定金额的承诺或指令；即期付款或在指定时间付款；凭指令付款或凭票付款。

票据的转让和流通。转让票据使受让人获得转让人的全部权利，其中包括取得背书的权利；使票据受让人成为持票人的转让构成流通。如果票据是凭票付款，交付票据本身即构成流通；如果票据是凭指令付款，做出必要背书并交付票据构成流通。除了交付，背书是票据流通的主要手段。因此，法典规定了记名背书、空白背书、限制性背书及其效力。通过背书，后手可以取得比前予更大的权利，表现为正当持票人可以不受追诉、抗辩、请求等的影响。

持票人的权利。正当持票人是支付过对价、以善意取得的，而且未得到该票据已过期或已被拒绝以及对其持有抗辩或权利主张的通知的人。正当持票人的权利有：一是不受任何人对票据提出的任何权利主张的对抗；二是不受任何未与持票人发生关系的票据当事方提出的任何抗辩的对抗。

票据责任。在票据上签名的人要承担票据责任，责任人包括出票人、承兑人、背书人、保证人等。

第四部分，银行存款和收款

本篇主要规定票证收款中存款银行与收款银行的权利与义务，以及付款银行与客户的关系。本篇与商业票据和技资证券都有联系。本篇范围内的票证同时在商业票据篇和技资篇都有规定时，那么，这种票证同时受该两篇的约束。如果存在抵触，本篇的效力优于第三篇商业票据，但第八篇技资证券的效力优于本篇。

第五部分，信用证

本篇不分章，共17条，规定了信用证的概念、范围、手续、形式、开立、修改、撤销、时效、保兑人、通知人、指定人、及开证人的权利与责任等，以及与实务有关的信用证欺诈、保证、补救、转让等。

第六部分，大宗转让

大宗转让是指不依通常交易程序，而将企业拥有的原料、材料、商品或其他库存的主要部分进行大批量转让。库存是指为出售、租赁或基于劳务合同而特有的商品而言。例如，在库存为原材料时，它就是指供营业使用或在制造过程中的消费品。按照上述定义，大部分企业的资产，并不适用本篇的规定，例如，投资证券、现金、应收价金、附条件买卖合同证书、流通证券等在本法典其他篇目中已另有规定，因此，只有从事商品存货的买卖才适用本篇关于企业资产大宗转让的规定。本篇主要规定了大宗转让当事人的义务以及转让的程序。

第七部分，投资证券

此处所说的投资证券，主要是指公司股票和公司债。本篇的主要内容包括投资证券的发行、购买、转让、登记以及证券的可交换性等。

第八部分，担保交易

担保交易是一种商事行为，是有担保的商品信用交易，如贷款购货、除销等，通常是在以交给本票或分期付款等形式做交易，债权人在债务人不能履约时，可以优先于其他求偿人从担保物上得到清偿的权利，属于一种信用机制。

担保交易的范围。意图在动产或附着物上创设一项担保利益的交易就是担保交易，包括在货物、所有权凭证、票据、一般无形财产、动产契约或账债（除账）上设立担保权益的交易，也包括任何账债或动产契据的买卖，也适用于通过合同设立的担保权益，以及意图设立担保权益的租赁或寄售。

担保权益的产生。担保权益要附着于担保物并可获得对抗债务人和第三方的强制执行，必须具备三个条件：第一，要有担保协议；第二，要支付对价；第三，债务人对担保物享有权利。

担保权益的完善。受担保人要享有有效的担保权，必须对其担保权益加以完善。完善的途径有三：第一，制作融资报告，并将融资报告提交登记，交付登记费；第二，要占有担保物。受担保方不经登记而通过占有使担保权益获得完善；第三，以上两种途径之外的完善。担保权益受完善的受保方在行使请求权时享有优于不完善担保权益的权利的人。

优先权原则。受担保人在完善担保权益后，不受担保物的购买者、债务人的另一债权人或债权人的代表等第二人因债务人的破产而提出的请求权的影响，对担保物享有优先受偿权。

债务人违约的后果。债务人违约后，受担保方有两种方式获得救济，一是通过法院，如果受担保方取得法院判决，执行判决时可通过扣押担保物而取得留置权；二是由受担保方以和平自助方式占有担保物，即保留担保物以抵偿债款。

3、美国商事组织法律制度

（1）公司法

美国的公司法由成文法和判例构成，以成文法为主，成文法又以州法为主。1950年，美国律师协会制定了《标准公司法》，1984年对其进行了修订。由于律师协会属于民间机构，《标准公司法》并不具有任何法律效力。但是，由于这两部公司法总结了美国各州的公司法，并代表今后的发展趋势，所以，绝大多数州在制定、修改公司法时都参考这两部法律。

公司的种类

美国的公司有两种：开放公司和封闭公司。开放公司又称公开公

司，其股份可以在市场里公开交易，同大陆法国家的股份有限公司相同；封闭公司是指股东数目不超过35人，没有得到其他股东的同意不得转让股份的公司，类似于大陆法国家的有限责任公司。

公司的设立

美国公司的设立采取准则主义，其设立十分简便，注册地可由当事人选择，当事人可以按一个州的法律设立一个公司，而主要业务却在另一个州进行。

刺破公司面纱

公司的最大优点是股东的有限责任，即使公司资不抵债，股东也不必用自己的财产为公司的债务承担责任。为了避免有人利用公司法对股东的这种特殊保护，以公司形式逃避责任，美国创立了“刺破公司面纱”原则。根据这一原则，当某些情况发生时，公司的股东要向公司的债权人直接承担责任，即由公司股东承担公司法人的义务和责任。

（2）合伙法

全国统一州法委员会制定的《美国统一合伙法》和《美国统一有限合伙法》，在各州经过不同程度的修改而生效。

普通合伙。合伙是两个或两个以上的人作为共有人为营利进行营业的团体。在美国，合伙包括个人合伙、法人合伙以及合伙作为合伙人的合伙，既有合伙企业，也有非合伙企业的组织。

合伙人在营业上代理合伙，合伙人之间也适用相互代理的规定，每一合伙人的营业行为，均对合伙有约束力。

全体合伙人对合伙交易的第三人承担无限连带责任。此外，如果某人虽然实际上不是合伙人，但他以言词、文字、行为表示他是合伙人，或使他人认为其是合伙人，那么他应当对相信这种表示的人承担责任。

有限合伙。有限合伙是指一般合伙人和有限合伙人组成的合伙。一般合伙人负责合伙的经营、管理，并以个人财产对合伙债务承担无限连

带责任；有限合伙人不参与合伙的经营、管理，仅以其出资为限对合伙债务承担责任。但是，有限合伙人一旦参与了合伙的经营管理，则要对合伙债务承担一般合伙人的责任。

（3）《统一有限责任公司法》

1996年，美国颁布《统一有限责任公司法》。美国的有限责任公司不同于大陆法国家的有限责任公司。美国的有限责任公司没有股东人数的上限，没有对股东身份的限制，是各种企业中设立条件限制最少的企业形式。成员可以期票、承诺提供现金或财产或将来提供劳务的形式出资，是对传统公司法和有限合伙法出资方式规定的重大突破。成员的责任范围、经营方式、收益的分配既不同于公司，也不同于合伙，兼具有了合伙、有限合伙及封闭公司的优点。有限责任公司的出现反映了传统企业特点的相互渗透和融合。

（六）其他国家的商事法律制度

1、俄罗斯

俄罗斯是一个奉行民商合一立法模式的国家，其商法体系是由民法典加一些单行法组成。其新民法典的《民事权利客体》这一章的第132条将“企业”列为民事权利客体的种类之一，此条规定：“1.企业作为权利客体，是用以从事经营活动的财产综合体。作为财产综合体的企业就是其整体为不动产。2.企业就其整体或其部分可以作为买卖、抵押、租赁和与产生、变更及终止物权有关的其他法律为客体。企业作为财产综合体，包括所有用于其活动的各类财产，其中包括土地、建筑物、建筑物设备、器材、原材料、产品、请求权、债务以及表明企业独有特征的权利、其产品、工作和服务的权利（商号、名称、服务商标）和其他专有权。”新民法典第一部分的实施法第6条规定，从新民法典颁布之日其（1994年12月8日），建立新的商业组织应遵循新民法典第4章关于法人

的规定，即以商合伙和经营公司的形式（含无限公司、两合公司、有限责任公司、股份有限公司以及无限责任公司）以及生产合作社的形式挥着以国家、自治地方单一制的形式建立。民法典还对单一制企业（国家和自治地方所有的企业）的定义、形式、建立、权利和义务等内容进行了明确地规定。此外，民法典还对有价证券作了原则性的规定，同时对于有价证券的保管、银行保管、运输单位保管箱、旅馆保管等作了明确的规定（第47章）。可见，俄罗斯新民法典的部分内容起到了商法总（通）则的作用。

除了民法典外，俄罗斯调整商事行为的法律大多集中在所谓经济立法中。这些法律主要包括：《银行法》（1991年）、《关于在商品市场上竞争和限制垄断的法律》（1991年）、《外国投资法》（1991年）、《消费者权利保护法》（1992年）、《政府支持俄罗斯联邦小企业基本法》（1995年）、《股份公司法》（1996年）、《联邦运输章程》（1997年）、《有限责任公司法》（1998年）、《估价活动法》（1998年）、《建筑法典》（1998年）、《破产法》（1998年）等等。

俄罗斯商业立法的一个重要特点就是立法呈现分散、零乱，缺乏系统性和完整性。例如，俄罗斯联邦关于有价证券的立法就是如此。俄罗斯涉及调整股票的法律就有：《股份公司条例》（1990年）、《有价证券发行和流通以及股票交易所条例》（1991年）、《商品交易所和商品交易法》（1992年）、《国有企业商业化同时改组为股份公司条例》（1992年）、《保护股东权利的措施》（1993年）、《保护投资者的利益》（1994年）等。此外，民法典第一部分的第96—104条国有股份公司的规定又涉及到有价证券，第109条也有这方面的规定，第7章证券和“有价证券”集中了这方面的规范。可见，俄罗斯国有有价证券方面的立法是相当零散的，缺乏一部完整、独立的股票和证券的专门的立法文件。

总之，俄罗斯的商事立法充分体现了其历来所奉行的民商合一的立法模式，是大陆法系中少有的立法呈现出零散、不完整的特征的国家。

2、意大利

现代的意大利（1942年以来）实行民商合一的立法体例，[注]把商事主体资格的内容并入民法典的“人及家庭法”编，以权利能力与行为能力的内容规范；把有关商事主体的设立、行为规则等内容并入“劳动”编。因而，现行的意大利商法出现了三个特征；其一，商法不再是适用一般民法规则的专门部门法，而是与民法规则具有相同法律价值的规则，两者融为一体；其二，商法由民法典来规制，而不再是自治独立的法律体系；其三，商法还具有一定的国际性，特别是必须适应欧共体的规则的需要。[注]

意大利商法的主要特色体现在它对于商事主体的规制上。1942年意大利民法典采用了1882年商法典的狭义定义法，将商人的概念严格限定在极小的范围内。以生产、交换或者提供服务为目的的，从事有组织的职业的人是商人。自然人或者法人成为商人的资格为其必须具备商人行为和企业管理等。

1942年的意大利民法典第五章的第二节和第三节分别规定了无限公司（商业合伙）与两合公司。

在意大利法律体系中，虽然没有独立的商法体系，但是，一些关乎商业发展的基本的法律还是比较健全的。除了1942年的民法典之外，意大利现行法律体系中的一些涉及商事活动的法律，如公司法、破产法、银行法、产品质量法等都有着独立的立法文件。例如公司法，在2001年公司法通过之前，几乎都规定在民法典里。2001年通过、2004年开始生效的《公司法令》（第366号法令）给公司法带来了本质上的变化和发展。

意大利法律规定了三种类型的资合公司：股份有限公司（s.p.a.）、私人有限公司(s.r.l.)和股份两合公司(s.a.p.a.)。股份有限公司的股东以其所持股份对公司承担责任；私人有限公司的股东以其所认缴的出资额为限对公司承担责任；股份两合公司以股东多持股份划分其参与权。意大

利有关公司的法律文件对公司的类型、设立、股份资本和股东权利、公司的经营管理等均做出了明确的规定，构成了独具特色的公司法体系。

意大利破产法的主要法律渊源是1942年民法典、1942年颁布的第267号法令、1942年颁布的第81号增补令、1979年的第26号法令和第95号法令。破产程序包括普通破产程序和简易破产程序。此外，还有两项避免债务人破产的特别制度，即预防性协议和对债务人的监督管理制度。㊟

意大利的银行法律制度经历了100多年的发展历程。从最早的1874年的银行法，到1893年银行法、1926年意大利皇家银行法、1936年银行法和1993年银行法，使得意大利银行法逐步适应了欧共体的变革要求，并且同时保留下了以前各银行法的灵活性的特征。例如，新银行法缩小了合作银行与普通银行之间的差异，缩小了互助性质的银行与普通银行之间的差异，以及其他各种类型的银行之间的差异。新银行法不涉及非银行金融中介机构，但是，银行买进金融资产、发放贷款、外币转账与外汇交易都必须受新银行法的约束。新银行法带有明显的自由化特征和倾向，有利于使得金融界与工业部门之间建立一种良好的关系，有利于促进经济的发展。

意大利有许多保护消费者、提高产品安全的法律规定。这些规定散见于1942年民法典以及1955年的第547号法令、1962年的第1860号法令、1967年的第592号法令、1972年的第15号法令、1988年的第224号法令等法律、法令中。从而构成了一个完备的保护消费者和产品质量方面的法律体系。该体系就产品质量责任承担的主体、客体、损害赔偿的范围、共同过失、合同责任、侵权责任等均做出了明确的规定。

总之，意大利商法立法的特点是：以民法典为主体，以其他法律和法令为补充和具体规制的带有集中与分散相结合的特色的立法体制。

3、澳大利亚

澳大利亚的民商法的发展受到英国深刻的影响，英国颁布的所有的成文法都能在澳大利亚找到相应的版本。例如，产生于19世纪末的各殖民区的《货物买卖法》，基本就是英国1893年的《货物买卖法》的翻版。在判例方面，英国法也是澳大利亚效仿的对象，在1986年以前，英国枢密院一直具有对澳大利亚法院判决进行上诉审的权力。但是，尽管如此，澳大利亚的立法者依然注重自己法律体系的构建。澳大利亚公司法的发展历程就十分鲜明地说明了这一点。

在20世纪以前，澳大利亚的公司立法基本是沿用英国的公司法，1901年以后，随着澳大利亚联邦的成立，公司事务由各州政府主管，有关公司的立法权也归各州享有。于是，各州都制定了各自独立的公司法。但是，随着市场越来越“联邦化”，各州之间法不统一的局面已经开始阻碍全国经济的进一步发展，在此背景下，从20世纪50年代开始，各州开始了一场统一公司法的运动。直到1989年出台了两部联邦的重要的法律——《联邦公司法》和《联邦证券委员会法》，使得澳大利亚公司法的统一进程又迈出了重要一步。根据这两部法律，澳大利亚于1990年成立了一个全新的机构——澳大利亚证券委员会，1998年改名为澳大利亚投资和证券委员会。该委员会的主要职责就是执行《公司法》，仅对联邦政府负责。它负责全澳大利亚公司的注册设立，并且有权就《公司法》在执行过程中遇到的具体问题对其作出实施细则式的解释性规定。1990年以后，澳大利亚公司制度就一直处于不断地发展中。1999年澳大利亚又出台了《公司法经济改革方案法》，并且修正了《公司法》，明确规定了公司董事的决策出于善意时可以免责，引入了派生诉讼制度，以保证在商业判断规则放开公司董事手脚的同时，不使缺乏发言权处于弱势地位的小股东的利益遭受侵害。

从上述内容可知，澳大利亚的商业立法是一个从沿用、效仿英国的法律开始，到具有独自特色，并且颇有建树的发展历程。表明一个国家要发展必须结合本国的国情，不能够盲目地追捧他人，并且，要在发展中不断创新，以适应本国经济发展的需要。

4、韩国

被誉为“汉江的奇迹”的韩国的经济腾飞，得益于各种因素，其中作为市场经济的基本法律之商法，无疑是为韩国经济的发展提供了制度方面的可靠保障。韩国的立法奉行的是民商分立体例，独立的商法典制定于1962年1月20日。在此之前的1912—1945年，由于处于日本殖民统治之下，直接适用日本商法典。1945年独立以后，作为正式立法之前的过渡，在不于韩国宪法（1947年7月17日公布）相抵触的情形下，继续适用日本商法典，直到1962年商法正式颁布。由于历史原因，韩国的商法受日本商法影响很深，商法典的整体框架基本上于日本商法典保持一致，但其内容并没有完全照搬，而是在参考和借鉴美国的商法立法的同时，对日本商法的内容进行了较大的调整。例如，在总则及商行为编，调整了各章的位置，扩大了商业使用人的竞业禁止义务的适用范围，增加了营业性商行为的种类，引进了公众接客业的概念。在公司编中，将有限公司制度引入商法典中，废止了股份两合公司制度及股份公司的特别清算制度，引进了授权资本制，缩小了股东大会的权限，扩大了董事会的权限。在保险编中，将体系改为通则、损害保险、人保险的顺序，具体内容上西设了责任保险制度。在海商编中，在船舶所有人的责任限制上抛弃了委付主义。等等。

韩国商法典制定颁布后，先后进行了几次大的修改，分别是：1984年、1991年、1994年、1995年和1998年等。修改的内容以公司法为主，也包括总则、商行为和保险、海商的内容。通过这些修改，韩国商法典不断地适应韩国经济发展的需要，并且逐渐脱离日本商法的影响，更多地吸收美国法上的制度，演变为具有韩国特色的商法体系。

韩国商法典共五编，886条（其中包括12条附则的内容）。第一编总则（1—45条），分为通则、商人、商业使用人、商号、商业账簿、商业登记和营业的转让七章。第二编商行为（46—168条），分为通则、买卖、抵消、匿名合伙、代理商、居间、行纪、运输代办业、运输业、公共接待业和仓储业十一章。第三编公司（169—637条），分为通

则、无限公司、两合公司、股份公司、有限公司、外国公司和罚则七章。第四编保险（638—739条），分为通则、损害保险、人身保险三章。第五编海商（740—874条），分为船舶、船舶所有人、船长、运输、共同海损、船舶碰撞、海难救助和船舶债权八章。附则（1—12条）。

韩国商法典的一个最大的特色，就是将商行为作为整部立法的核心和主线，尤其是将商行为列为专门的一编用了120多个条款加以明确的规定，并且在法典中又以专编规定了公司、保险、海商等商行为的具体规则与制度，其中仅保险一编就有101条，详细地规定了损害保险和人身保险行为，损害保险中包含了火灾保险、运输保险、海上保险、责任保险、汽车保险等具体的险种，具有一定的操作性。这一切表明都韩国商法典已经从传统的以商人为核心的近代商法商法转变为现代的以商行为为核心的现代商法体系。这也为中国商事立法提供了可以借鉴的样板。笔者以为，在目前开展具有中国特色的商行为的研究应当成为中国法学者和立法者的主要课题。

韩国商法体系是一个以商法典为核心，其他商事单行法为补充的法律体系。除了具有一部统一的、起着统率作用的商法典外，还有诸如《票据法》、《支票法》以及《商法施行法》等相对独立的商事单行法，其中的《商法施行法》是独具特色的一部商事单行法。该法颁布于1962年12月12日，1965年3月19日进行了修改，正文共61条，其主要内容是解决新旧商法典之间的适用衔接及溯及力问题，譬如，关于商法实施的范围（第1条定义），商法的适用原则（第2条原则），商法的期间的通算（第5条），股份公司的设立（第9条），股份公司的登记（第10条），等等。体现了韩国商法的严密性和科学性。

总之，韩国商法反映了现代商法的特征和发展趋势，应当引起我们足够的重视。

5、泰国

泰国属大陆法系国家，其现行民商事与经济法律制度受法国影响最大。在泰国，民商事与经济法律是不分的，它们都包括在《民事和商事法典》及其相关的特别法规之中。而判例，在泰国仅仅被认为是法院对法律的解释。

泰国的《民事和商事法典》是泰国在捍卫国家主权，反对西方殖民统治的斗争的产物。是泰国法律由印度化迈向西化的开端。法典经过数十年的努力，于1935年全部颁布施行。它是在效仿英国、法国、德国、日本及瑞士法的基础上制定的，带有明显的西方法律的烙印。法典共六编，第一编总则，包括人和法律行为；第二编债，是关于一切合同的规定；第三编特别合同，包括销售法、交易法、赠与法、分期付款租购法、合伙与公司法、票据法；第四编财产法；第五编家庭法；第六编继承法。其中第三编包含了商法的基本内容。譬如，销售法采用了英国1893年商品销售法案的规定，其中关于买方与卖方的权利义务，规定了卖方的义务和责任，而对买方只设定了义务。如第472条给卖方设定了“卖方当心”的责任规则，而在第473条则又设定了这一规则的例外条款，即：“请买方小心”。除了一般财产销售条款外，法律还对一些特种商品的销售作了规定，这些特种商品销售包括：有回赎权的销售；样品销售；根据说明书而进行的销售；经许可的销售以及拍卖。

再如，关于合伙和公司的规定，法典具有如下特征：

首先，确立了设立合伙或公司组织的协议内容。规定设立合伙或公司必须要有两个或两个以上的合伙人或股东；这些合伙人或股东有愿意成为合伙或公司成员的意思要求；有合伙资本，资本可以资金、其他财产；提供劳务等方式出资。合伙人必须参与管理事项：行使股权、管理或进行管理监督、共同活动、有分配经营利润的方案。

其次，将合伙公司分为3种类型：一是登记或未登记的负无限责任的普通合伙；二是有限合伙，必须登记，其中有1名或1名以上的合伙人，仅在自己出资额的范围内承担有限责任，另有1名或1名以上的合伙人则对合伙人的全部债务承担无限连带责任；三是有限公司，必须经过

登记，并至少有7名股东，其责任仅限于出资额，合伙或公司登记后，即成为与合伙人或股东有区分的法人。

泰国的票据法兼有英美法和大陆法的共同特征。其票据法结合两大法系之长，就票据的种类、签票人的责任、限定持票人、票据的转让、票据的承兑、担保人、票据付款、付款人免责、追索权、本票出票人的责任、支票及法定期限等内容予以了明确规定，是一部集英美法与大陆法之大成之商事法律文书。

泰国非常注重法典的稳定，在法典颁布后。其民商与经济方面法律的发展主要是通过对法典以外的特别法规的制定来实现的。如1931年颁布了《商标法》，1979年颁布了《专利法》，1940年颁布了《破产法》，1974年制定了《证券交易所发》，1992年颁布了《证券交易法》。其中，《破产法》又分别于1968年、1983年、1998年三次对《破产法》予以了修改，最后一次修改的重点是以重组代替清算债务人财产，从而给陷入困境但仍可复苏的企业以再生的机会。其主要修改的内容为：第一，重组要向法院申请；第二，申请可在债务人无力偿债且欠债总额在1000万泰铢以上时提出，并说明重组的理由；第三，申请人可以是有1000万泰铢债权的一个或多个债权人、债务人，可以是公有、私有有限公司或内阁规章规定的其他法人，监管债务人业务的人；第四，申请一旦提出，未经法院同意不得撤回。

该修正案还增加了“债务人重组程序”一章，引入一种新的法律程序，吸收了美国破产法第11章、英国破产法、新加坡公司法的精华，其核心部分是它使一个有清算可能的法人债务人得到财政援助。此外，依据该修改法令，泰国成立了司法部重组办公室的整顿委员会，并且建立了破产法庭，专门附则审理破产案件。

可见，泰国商事立法具有与民法合一、吸收发达国家新的法律制度、注重法律的稳定性与发展的关系，以及与时俱进，充分发挥法律对经济的调节作用的显著特点。尤其是1997年东南亚金融风暴以后，泰国政府积极检讨自己在法律制度上的不足与漏洞，认真吸纳先进国家的法

律制度，不断完善自己的法律体系，破产法的及时修订就已经充分证明这个问题。这也给我们一个启示，即：当经济发生问题时，首先要认真检讨自己相关制度中存在的漏洞和不足，虚心学习和借鉴他人的长处和优势，以便进一步地改革法律和经济体制，而不应当怨天尤人，把失误推到外因甚至所谓客观因素上去。

6、埃塞俄比亚

埃塞俄比亚商法体系兼有民商合一和民商分立的共同特性，是一个带有混合型特征的法律体系。其商法的渊源来自于三部法典和各种法规。三部法典是《商法典》、《民法典》和《海事法典》。其中《民法典》涉及商法的内容主要是买卖和代理部分。同时，各种关于企业登记、国内贸易或保险公司的规则也是其商法的渊源。

埃塞俄比亚《商法典》，是以商行为为核心的一部现代商业法典。它一开始就详举了商业行为21种活动，而把农业、林业、渔业捕捞以及手工业活动排除在商业行为之外。这种明确的分类方式，对于构建现代商法体系具有明显的促进作用，是我们应当在立法中借鉴的。

埃塞俄比亚《商法典》所规定的商事组织主要有合营、一般合伙、有限合伙、上市股票公司和有限责任公司。其关于汇票和支票的规定完全仿效1930年和1931年的《日内瓦公约》。起草人仅对该公约略微作了改动。例如对支票方面的规定：支票上应标明“支票”字样；签发6个月后方始提示的支票可以延期兑付；支票签发人得随时停止支票的兑付；未兑现支票的持有人或支票的承兑人和付款人获得手续费的权利，以及关于更改划线支票的特别规定等等，都是根据《日内瓦公约》而略加改动的结果。而汇票方面则与《日内瓦公约》并无多大差别。

总之，埃塞俄比亚商法，既具有自己在立法体例方面的特色，又充分重视与国际条约和国际规则的接轨，是值得我们在立法中借鉴和学习的。

二、世界各国商事法律制度对我们的启示

以上对世界主要国家的商事立法作了一次简要的巡礼，其目的在于总结和分析这些国家商事立法的特点和优势，以供我们立法参考或者借鉴。如果我们欲从上述这些国家的商事立法中寻找、总结出一些值得我们借鉴，能够给予我们一定的启迪的话，笔者认为，至少可以从以下几个方面进行必要的分析：

（一）从发展历程来看

无论是英美法系还是大陆法系国家，其商法的立法历程都经历了一个复杂而漫长的发展历程。说复杂，主要是由于商事活动的丰富性和变化性，社会经济的发展是人类发展的基本条件，尤其是伴随着社会经济发展对科技事业的不断创新的越来越高的要求，使得整个经济社会的内涵也在不停地变化着和发展着。于是，这不断变化和发展着的经济社会就要求规范这个社会的法律也要不断地完善和发展。这种完善和发展在商法上的表现就十分突出，因为商事行为永远是社会生活中最活跃、最富有革命性的因素，因而，反映和规制这种行为的商法，也就比其他法律更具备丰富性和发展性。应当说，商法是整个法律体系中最活跃、最富有创新精神的部分，这与它所调整的对象——社会经济生活和商事活动是密不可分的。我们已知的近半个世纪以来，美国、日本、韩国等国家公司法的变化、发展情况，就是对这个命题的最好的注脚。因此，世界各国商法的发展历程，说明一个真理——只要社会发展没有尽头，法律的发展也就没有走到尽头的那一天，直接反映和规制社会经济生活和商事活动的商法尤其如此。这就要求我们在研究和制定商法的过程中，始终要以发展的和超前的眼光来发展我们的商法，要不断地完善我们的商法体系，以适应我们这个快速发展的世界的需要。任何固步自封、停

滞的、自大的观念都是对法律事业发展有害的。

（二）从立法体例上看

无论是发达国家，还是正在发展或者已经接近发达的国家，其商法的立法体例都不是整齐划一，甚至一成不变的。那种认为只有某种立法模式方能体现所谓发展潮流的思想是万万要不得的，是站不住脚的，无论什么样的立法体例，均不存在谁为高级，谁为先进，谁为落后，谁为低级的问题，只要符合一个国家的需要，符合这个国家的历史和文化习惯，就是高级的、先进的，无可厚非的，即使是那些在别的国家应用得十分得体的制度，在你们这里，也不见得就是有效的。在没有自己的独立的制度之前暂时地、临时性地"借用"一下他们的东西，未尝不可，但是，一旦自己的条件成熟，就应当立即考虑构建自己的制度框架，走自己的路，只有这样，我们的世界才能发展，国家才能有前途。韩国、泰国等国的商法的发展历程也说明了这一点。领会别国或者别的法系的长处，吸收对我之有用之内容，以我为主，为我所用，内外贯通，东西合璧，可能才是我们这个千年大国发展的基本原则和正确道路。不论是所谓民商合一，还是所谓民商分立，还是其他什么模式、体例，只有符合我们的现实需要，就是先进的，不符合我们的需要，即使你把它吹的再天花乱坠，也是于事无补的。端正我们的学风和研究风气，脚踏实地、注重调查研究、不搞那些让人眼花缭乱的什么玄学理论，去解决新问题，才是我们应当提倡的学风和研究风气。那种哗众取宠、故意炫耀自己所谓的研究功底的做法和研究方法，是万万不可取的。那种浮躁的、华而不实的研究和学术风气，只能使得中国的法学研究走入歧路、死路。

（三）从立法和研究的重心来看

20世纪下半叶以来，在国际商法立法中，已经出现了由过去的以商人法为立法重心发展为以商行为为立法重心的现象。特别是随着商行为范畴的不断扩大和膨胀，商人的界定已不是商法立法者和实践者关心的重点，而日益发展、变化的商行为，则成为他们关注的焦点。所以，这就是代表新兴国家，如韩国在商业立法中把重心移至对商行为加以规制的重要原因。因此，这就提醒我们，在今后的研究中不要把眼光仍旧盯在商事主体上，并且仍在商事主体的问题上化过多的精力，而应当把研究的精力移到商事行为的研究上，认真地研究一下中国目前现实存在的商行为的基本特征、范畴、规则等等内容，以期扭转目前立法界和学术界仍然沉湎于对于商事主体的热烈的探讨的局面，提高我国商法研究的水准，明确其发展的方向。

（四）从基本原则上看

适时、灵活，应当成为目前商法研究和立法的基本原则。同时，关注商事主体的社会作用，明确他们在社会生活中的积极作用，也应当成为我们研究和立法的重点。其他传统的诸如契约自由、诚实信用、公平公正等原则，应当将它们融入到新的原则中去，加以统筹规范、共同协调。譬如，把诚实信用原则要与社会责任原则结合在一起，要让商事主体感觉到，如果你违背了诚实信用原则，那么你就会得到国家与社会的惩罚和抛弃。如果你遵守了公平公正原则，那么你的社会信誉也会大大提升，同时，你从中得到的实惠与好处也会比以往增加。要充分利用商人的趋利避害的心理，去规制它们的行为，要让他们自觉地认识到，只有认真履行了必要的社会义务，他的商行为才能得到良好的回报，否则，他所追求的所有利益将会在顷刻间化为乌有。这应当也成为我们商事立法的基本原则之一。我们要改变以往那种重说教的做法，要学会用商人的思维去规制商人的行为，我们要懂得经商，更要成为经商的行家，只有这样才能制定出既符合经济社会发展需要，又赢得商人自觉、主动去遵循的、具有现代思想和特征的现代商法。否则，你的立法只能

是做给外行人看的绣花枕头，好像很花哨，理论很超前，但实际上对社会经济的发展毫无益处。外行要真正获得内行的认可和尊重，甚至服从你的管理，是万万不可能的。或许你的外行的思维和办法能够起到一时的效果，但是，若要实现较为长远的效果，就必须使得自己成为内行人，要在某种层面上赢得那些内行人的尊敬，才能把你的思维和理想得以实现。否则，尽管你觉得已经付出了很多的努力，但实际效果和作用无疑于隔靴搔痒。

（五）从相互间的吸收、借鉴来看

世界的同一性已经是一个不争的事实。任何一个国家只要你想发展，就必须设法融入到整个世界之中。商业尤其如此。因此，作为调整经济生活和商事活动的商法，其国际性和技术性是其他法律部门所无法比拟的。特别是票据、证券、金融、海商、贸易等领域，此特点更是明显。因而，借鉴、学习、吸收他国的立法和实践经验，遵循相关的国际公约和国际习惯，乃我们必须关注的重点课题之一。

（本文根据2009年5月18日和2009年10月21日在南开大学和首都经济贸易大学的演讲稿整理）

---

1. 金邦贵译：《法国商法典》，国际文化出版公司1995年版。
2. 何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年8月版，第287页。
3. R. David, etc, Internationnal Encyclopedia of Comparative Law, Tubingen,1975, vol I , National Reports, F72.转引自何勤华主编：《法国法律发达史》，法律出版社2001年5月版，第249页。
4. 参见周林彬、任先行：《比较商法导论》，北京大学出版社2000年版，第162~163页。
5. 事实康采恩是指，在因持有另一家企业的多数股份或其他原因而拥有对该企业控制权的企业，为了推行统一的企业政策而实际行使这一权力时，形成的康采恩。契约康采

恩是指，通过企业契约结合的康采恩。这类企业契约中的最重要形式是控制契约。联合企业是由企业合并形成的康采恩，是一家股份公司持有另外一家股份公司的全部股份时，通过双方股东大会的决议以及进行商事登记而实现两者之间合并或者一体化的经济组织。

6. 参见何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年8月版，第292页。476

7. 张艳玲、隆仁主编：《世界通史》（第五卷），中国致公出版社2001年第1版，第1797页。

8. 参见刘淑兰：《英国产业革命史》，吉林人民出版社1982年版，第91—93页。

9. 参见上注，第98—100页。

10. 参见何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年8月版，第386—388页。

11. 参见苗延波、赵彤：《外国民商经济法选粹》，甘肃人民出版社2001年版，第41页。481

12. 参见何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年8月版，第397—398页。

13. 参见何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年8月版，第402页。

14. 参见黄德启：《从 < 统一商法典 > 看统一州委员会在美国法学发展史上的地位和作用》，载何勤华主编：《20世纪外国民商法的变革》，法律出版社2004年，第312页。

15. 徐学鹿：《商法学》，中国财政经济出版社1998年版，第3页。

16. 1882年意大利制定了商法典，1942年以后，随着新民法典的颁布，废除了商法典，将一些商法的内容并入了民法典。

17. 参见何勤华、李秀清主编：《意大利法律发达史》，法律出版社2006年版，第167页。

18. 预防性协议，仅适用于处于无力偿还债务状态但还未被法院宣告破产的商业企业。债务人通过与债权人达成一个法律协议，其内容为债务人承诺清偿全部有财产担保的债权和比例不少于40%的普通债权，或者承诺将其全部财产给予债权人，该财产在数额上至少足以抵偿上述债务。所谓监督管理，适用于处于暂时经济困难而无力清偿债务并有再生希望的债务人，但条件是债务人和债权人之间要签订一份法律协议，给予债务人两年的延长期，在此期间内，债务人得清偿其全部债务，债务人在审判法官和监督法官的监督之下，可以继续经营企业，如果在此期间内，债务人仍然无力清偿全部债务，就必须转换成预防性协议，或者进入破产程序。

东西方货币冲突的起因及历程

目录

前言

冲突，英文是Conflict，有冲杀奔突，对立的、互不相容，意见不合，发生争执之意。冲突的特征主要有：①冲突的直接目的是打败对方，是直接以对方为攻击目标的一种互动行为；②冲突双方必须有直接的交锋；③冲突各方所追求的目标既可能相同又可能不同，这与竞争必须是对共同目标争夺的情况不一样；④冲突在形式上比竞争激烈得多，它往往突破了规则、规章甚至法律的限制，带有明显的破坏性。

冲突的类型包括：①从规模上划分，有个人之间和集团之间的冲突；②从性质上划分，有经济冲突、政治冲突、思想冲突、文化冲突、宗教冲突、种族冲突、民族冲突，以及阶级冲突和国际冲突等；③从方式和程度上划分，有辩论、口角、拳头、决斗、仇杀、械斗、战争等。

社会学领域将冲突划分为4种类型：①战争，即群体之间的冲突；②派别斗争，即群体内部的冲突；③诉讼，即通过法律途径处理的冲突；④非人格的冲突，即思想观念上的冲突。

本文所讲的货币冲突（Currency Conflict），意即因贸易不平衡而引发的东西方国家之间围绕货币本位制及国家经济利益的矛盾、交锋的历史过程和表现。其重点是分析这些冲突的背景和根源，以及由此而产生的后果。

一、东西方货币冲突的起因

（一）中世纪的欧洲——大航海的前夜

要讲清这个问题，还要从中世纪的欧洲讲起。

中世纪（又称中古时代；英语：Middle Ages；约476年－1453年）是欧洲历史上的一个时代（主要是西欧），由西罗马帝国灭亡开始计

算，直到东罗马帝国灭亡，民族国家抬头的时期为止。

“中世纪”一词是从15世纪后期的人文主义者开始使用的。这个时期的欧洲没有一个强而有力的政权来统治。封建割据带来频繁的战争，造成科技和生产力发展停滞，人民生活在毫无希望的痛苦中，所以中世纪或者中世纪早期在欧美普遍称作“黑暗时代”，传统上认为这是欧洲文明史上发展比较缓慢的时期。

随着西罗马帝国被日耳曼人所灭，相继出现了一批蛮族国家。先后有法兰克、伦巴底、奥多亚克、勃艮第、汪达尔-阿兰、东哥特、西哥特、盎格鲁-萨克逊等王国建立。王国之间战争不断，其中盎格鲁-萨可逊、法兰克王国存在的时间比较长。

中世纪时的经济主要是封建制的庄园式自然经济。出现了一批商业城市：巴黎、里昂、都尔奈、马赛、科隆、特里尔、斯特拉斯堡、汉堡、威尼斯、热那亚等等，形成了一个以地中海为中心的贸易区。16世纪以后，兴起了工场手工业，最初是佛罗伦萨，随后是佛兰德尔，而圈地运动使英国迅速发展。这种经济模式加速了贸易，从而发生了地理大发现，发现了美洲新大陆。工场手工业也使进行战争的武器产生了飞跃，火炮和毛瑟枪逐渐代替了骑士的刀剑，也使旧式的城堡丧失了防御能力。而工场手工业也催生了资本主义经济。到中世纪中后期，各种手工行业由个别经营，渐渐演变为成立公会，“专业”这个概念在这时期萌生。公元15世纪前半叶，在郑和七下西洋之后，中国淡出航海活动；15世纪后半叶，西方开始向世界扩张。西方真正的大航海时代，也被称作地理大发现时代，在郑和远航结束后才到来。这个大航海时代的到来，开辟了人类历史的一个崭新的篇章，从此人类逐步进入了一个更加纷繁复杂、绚丽多彩的时代，这个时代直到现在仍旧没有结束，只是它的表现形态不完全一样罢了。

15世纪的欧洲，已处于扩张的前夜。欧洲向外扩张的最重要的原因是：寻求财富和寻求灵魂。

（二）欧洲国家的大航海时代

1.对于各类调料的需求促使了西方向东方的扩张

15世纪的欧洲，在刚刚摆脱黑死病之后开始复苏，人口得到恢复，抛荒的土地得到复垦，城镇兴起，商业也开始繁荣，庄园主也开始要求用货币取代劳役地租，城市为了巩固城防和建设需要资金，诸侯为了生活享受和维持统治也需要资金，因此，货币的需求量越来越大。但欧洲本身贵重金属的蕴藏量就不多，因而货币严重不足。就是这为数不多的贵金属在与阿拉伯商人进行香料和奢侈品的贸易中又大量流向东方，进一步加剧了严重的金银荒。1460—1530年，欧洲的白银产量增加了4倍，仍供不应求。由于黄金不足，一些国家物价飞涨，大批中小贵族因通货膨胀地租收入不足而濒临破产，各王室的收入也大受影响，社会矛盾空前激烈。因而，向外扩张便成为了全欧洲各阶层最渴望的事业，这种扩张的首要目的是获取大量的黄金和贵重金属，以满足欧洲各阶层的需要。

同时，对于香料的渴求也是欧洲向外扩张的重要动因之一。香料指的是胡椒、丁香、肉桂、豆蔻、甘松香、樟脑、苦艾、姜和辣椒。其中主要是四大香料：丁香、胡椒、肉桂和肉豆蔻，它们主要产自印度和亚洲的南洋诸岛。香料的用途主要是用于调味品和香水、药品的制作，以及宗教仪式。其中主要的用途是用于调味品。欧洲人以肉食为主，而肉食是最容易腐败的食物，要使人类对肉食有食欲和可口的味道，一般需要用盐煮。在没有冰箱等现代储存技术的情况下，为了能够使肉类不腐败，能够放置较长的时间，必须用盐腌制食肉，而即使是腌制，放置一段时间的食肉还是会存有人所不能下咽的异味，而香料恰好具有除却异味的功效。因此，香料自罗马时代起，就成为了欧洲人生活中不可缺少的东西。但香料产自遥远的东方，从亚洲运到欧洲，一来路途漫长，运输不畅，二来价格异常昂贵，一般民众是没有能力购买产自亚洲的香料的，他们只能买到来自于非洲的胡椒，但其味道远次于亚洲胡椒，被称

为“假货”。而就是这样昂贵的生活必需品的贸易权，却长久以来垄断在阿拉伯人手中，欧洲人对此异常不满和妒忌，因此，试图自己掌握香料的贸易权，便成为了欧洲各阶层的普遍想法。

2.一本《马可·波罗游记》激起了大航海的狂潮

以上这些需求和想法，终于被一本介绍东方情况的书所激活起来。从这本书中，人们似乎看到了希望和发财致富的美妙的前景。这本书就是14世纪初出版的《马可·波罗游记》，书中用大幅篇章记叙了中国、印度、日本拥有无穷无尽宝藏和财富，那里有巨大的商业城市，华丽的宫殿建筑，富庶的人民，高贵的王室。这些记叙完全打破了欧洲人传统的对于世界的认知，他们不相信在基督教文明以外还有这样高度的文明。当然，对于这本书的真实性，大多数人是持怀疑态度的，但也不乏有心人对于此书所描绘的情形的遐想，这些人便决心用自己的力量，来证实书中所写的内容，同时，到达东方那块神秘的土地，猎取那无尽的宝藏，便成为了当时一些有抱负和志向的欧洲人的梦想和追求。

在欧洲很早就流传着一个约翰王的传说，据说在遥远的东方有一个强大的基督教国家，由普罗斯特·约翰统治，那里有75个藩属王国，盛产香料，地下能冒出牛奶和蜂蜜，生活繁荣富足。因此，欧洲的基督教徒一直想找到这个国家，以联合起来共同夹击穆斯林。而当时的中国元朝为了阻止其在欧洲的各汗国企图脱离元朝的离心离德的倾向，也希望与基督教世界联合和结盟，这正好与欧洲基督徒企图征服穆斯林、实现东征的目的不谋而合，于是便计划着与元朝结盟。但到了15世纪，元朝已为明朝所取代，东西方的联盟的企图化为泡影，但西方此刻并不知道中国已经发生了变化，他们仍想从海路与元朝沟通。于是，这种探险活动首先得到了罗马教皇的支持。因此，在黄金、香料和基督教三大动力共同起作用的情况下，欧洲人自此开始了长达4个世纪之久的大航海时代。

3.葡萄牙、西班牙的探险活动

葡萄牙国王若奥一世的三王子亨利可以说是葡萄牙、乃至世界地理发现的宏伟事业的开拓者和组织者。他领导了一系列海上探险活动：1434年吉尔·埃阿内斯绕过博哈多尔角，这是非洲海岸最艰难的海角之一；1445年，迪尼斯·迪亚斯到达佛得角和塞内加尔河口，两年后，到达几内亚海岸；1460年，葡萄牙航船到达塞拉里昂不久，亨利王子去世。10年后，葡萄牙国王约翰二世继续亨利王子的探险事业，把世界航海探险事业推向高潮。

1487年，巴尔托洛梅乌·迪亚斯被葡萄牙国王约翰二世选派去非洲最南端探险。迪亚斯和他的船员在1487年8月出发，沿非洲西南海岸南行。但他们遇到了风暴，风暴将他们向西推入大西洋。风暴过去，迪亚斯便调头向东驶。他们行驶了许多天，指望能到达非洲海岸，但没有成功。迪亚斯认为他们必定已越过了非洲的南端，于是改向北驶，终于在莫塞尔贝登陆。该地位于我们现在所知的好望角以东320千米处。他成为绕好望角航行的第一位欧洲人。

1492年到1502年，哥伦布（145l—1506）四次横渡大西洋，发现了美洲大陆，他也因此成为名垂青史的航海家。哥伦布是意大利人，自幼热爱航海冒险。他读过《马可·波罗游记》，十分向往印度和中国。起初他曾找过葡萄牙若奥二世，但葡萄牙拒绝了他的请求。后经游说西班牙国王，1492年8月3日，哥伦布受西班牙国王派遣，带着给印度君主和中国皇帝的国书，率领三艘百十来吨的帆船，从西班牙巴罗斯港杨帆出大西洋，直向正西航去。经70昼夜的艰苦航行，1492年10月12日凌晨终于发现了陆地。哥伦布以为到达了印度。后来知道，哥伦布登上的这块土地，属于现在中美洲巴勒比海中的巴哈马群岛，他当时为它命名为圣萨尔瓦多。1493年3月15日，哥伦布回到西班牙。此后他又三次重复他的向西航行，又登上了美洲的许多海岸。直到1506年逝世，他一直认为他到达的是印度。后来，一个叫做亚美利哥的意大利学者，经过更多的考察，才知道哥伦布到达的这些地方不是印度，而是一个原来不为人知

的新的大陆。哥伦布发现了新大陆。但是，这块大陆却用证实它是新大陆的人的名字命了名：亚美利加洲。

哥伦布的远航，改变了世界历史的进程。它使海外贸易的路线由地中海转移到大西洋沿岸。从那以后，西方终于走出了中世纪的黑暗，开始以不可阻挡之势崛起于世界，并在之后的几个世纪中，成就海上霸业。一种全新的工业文明成为世界经济发展的主流。

哥伦布发现新大陆，刺激了若奥二世，他任命葡萄牙著名航海家瓦斯科·达·伽马（约1460—1524），开辟了西欧到印度的新航路。

1497年夏天，达·伽马奉葡萄牙国王之命，率领着由四艘船只组成的远征队，从里斯本南部的海港出发，开始了前往印度的航行。船队由到过非洲南端好望角的航海家迪亚斯领航，经过四个月的航行，终于抵达好望角。船队绕过好望角，进入了印度洋。1498年5月20日抵达印度西洋岸重镇卡利卡特（即今科泽科德，也即郑和所到地古里）。

达·伽马他们一上岸，便被这里的繁荣富庶与异国风光给惊呆了。这里有很多红宝石、绿宝石、有很多香料、丝绸。达·伽马在科泽科德竖立了一根显示葡萄牙权力的标柱，正如他在这次航行的途中所竖的其它标柱一样，暴露了他殖民者的强盗嘴脸。长期垄断这里贸易的阿拉伯商人，把他们视作自己的竞争对手，并逼迫他们在8月底离开了科泽科德。

达·伽马首航印度的成功，使葡萄牙举国为之欢腾。这次航行的成功，激起了新兴资产阶级追求财富的疯狂热情，从此开始了一个殖民掠夺扩张的新时代。

1502年2月，达·伽马奉命向印度洋做第二次航行，以便建立葡萄牙在印度洋的霸权。达·伽马率领十艘船组成的船队，一路上耀武扬威，向沿途居民进行挑衅、威胁、宣布宗主权，还截掠商船、屠杀船员、商人与渔民。到达印度后，又攻占了那里的重镇科泽科德和权钦，使它们成为葡萄牙在印度进行殖民统治的根据地。

达·伽马的一生既是航海家的一生，也是早期殖民者掠夺的一生。他开创的新航线，开辟了欧洲进行殖民掠夺扩张的新时代。

1519年9月20日，葡萄牙航海家麦哲伦（约1480—1521）在西班牙国王的资助下，率领一支由5艘帆船266人组成的探险队，从西班牙塞维利亚港起航，开始了他名垂青史的环球航行。

麦哲伦船队用70天横渡大西洋到达美洲海岸，然后沿岸向南航行，寻找横穿美洲大陆的海峡或最南端的岬角。他们历经千难万险，终于在1520年11月28日穿过一个海峡到达美洲西岸的大洋。这个海峡被命名为麦哲伦海峡。这个大洋命名为太平洋。1521年3月，麦哲伦船队到达菲律宾群岛。因参与岛上部族的战争，麦哲伦受重伤而死。余众越过马六甲海峡进入印度洋，1522年9月7日回到西班牙。

麦哲伦船队的环球航行，用实践证明了地球是一个圆体，不管是从西往东，还是从东往西，毫无疑问，都可以环绕我们这个星球一周回到原地。这在人类历史上，永远是不可磨灭的伟大功勋。

1577年，英国海军军官弗朗西斯·德雷克率领5艘小型武装商船的舰队和164人出航驶向太平洋。此行的目的除了探寻南方大陆外，与英国女王伊丽莎白早有默契，从西班牙在南美洲西岸的港口和船只所获取的利益中，英国也要分得一杯羹。西班牙人自恃掌握了太平洋的绝对霸权，根本就没有修筑港口工事，也没有组织商船护航队。因此，德雷克得以轻而易举地完成了任务。在他航行通过麦哲伦海峡进入太平洋时，原来的5艘军舰只剩下一艘了。他沿着智利和秘鲁毫无戒备的海岸抢劫了大量的金银财宝。在返航途中，他有意寻找宇宙学家已经确定了的那条西北航道。于是他北行，在现在的旧金山附近的一个岛靠岸，岛上的印第安人把英国人当作神，印第安国王甚至把权杖和王冠都赠给德雷克，于是该岛成为英国属地，他还采用英国女王的名字，为该岛取名为新阿尔比恩。但德雷克一直没找到那条位于美洲北部、连结大西洋与太平洋的通道，于是他转而向西航行，越过太平洋，抵达摩鹿加群岛。在岛上大肆搜刮，载着满船的掠夺物资和香料返航。绕过好望角，于1580

年9月26日回到了英国的普利茅斯，成为第一个环球航行的英国人。

欧洲列国这一系列的航海活动，开辟了人类的新纪元，人类从此进入了一个欲望与血腥并举，暴力与财富共存，以殖民与扩张为主旋律的新的时代。在这个纷繁复杂、五彩缤纷的时代里，人类迎来了东西方文明及货币的剧烈的冲突的时代，其结果是带来了一个人类发展的新的纪元。

这些开辟新航线和环球旅行的探险家们，之所以对环球旅行如此感兴趣，甚至屡次三番地不惜冒着生命危险锲而不舍地进行着在当时的中国人看来毫无意义的冒险，吸引他们的不是别的，正是他们对于黄金、白银、珍珠、宝石等稀世物品的贪婪的追求与向往。哥伦布在1492年与西班牙的伊萨贝拉女王签订的协议中约定，在哥伦布未来发现的“东方”所出产的一切黄金、白银、珍珠、宝石、香料和其他物品，其价值的10%归他所有，它还可以参与新大陆上所有的商业活动。因此，当1492年10月13日哥伦布第一次看到了他苦苦寻找的东西——印第安人身上的金饰，他兴奋不已，从这一刻起他已经开始计划如何统治他所发现的“黄金城”。但这次航行没有让他找到大量黄金，只从印第安人手中换到了一点零金碎银，这使他感到十分遗憾。此后，哥伦布又曾两次来到美洲，但这时他们的身份已不再是“发现者”，而是名副其实的“掠夺者”了。为了得到黄金，哥伦布命令当地14岁以上的人必须将身上的黄金上缴。他对于胆敢反抗的印第安人，用酷刑进行严惩它最喜欢的刑罚是将人的双手剁掉，然后用绳子拴住脖子示众。他将大量印第安人运回国内当奴隶。从此，原来无忧无虑地居住在美洲这块“未开垦”的新大陆的印第安人和他们曾经创造的辉煌的文明，开始遭受灭顶之灾。而那些被人们当做发现新大陆英雄的“幸运”的欧洲海盗们却开始把产于美洲大陆的黄金、白银一箱箱地运往欧洲。从此，那些原本静静地躺在美洲地下的黄金、白银，开始了它们独特的“环球之旅”。

殖民者们在美洲，这块盛产黄金、白银的土地上，于16世纪中期，在墨西哥、玻利维亚等地发现了蕴藏丰富的白银资源。

金和银，这些在印第安人看来只是美与神圣的象征的东西，到了殖民者眼里，则完全变成了财富和金钱。金银原是印第安人装饰饰品和建筑物、寺庙的材料，他们并没有把金银作为货币。

为了鼓励更多地人去美洲掘取金银，西班牙国王修改了法律，从1504年起，任何西班牙人都可以获得勘探权，殖民地的资源从此也不再属于国王独有。在此政策的鼓励下，16世纪中叶，在墨西哥的萨卡特卡斯、瓜纳华托、圣路易斯·波托西和雷亚尔·德尔蒙特，陆续发现了四个规模巨大的银矿。其中，最大的银矿是位于今玻利维亚境内的波托西银矿。1547年，西班牙国王查理一世在波托西建立了波托西城，这里的人口曾达到16万。这里海拔4000米，空气稀薄，气候恶劣，却是美洲当时最大的城市。城里有100多座教堂，不计其数的妓院，无数的食物、美酒、织物、装饰品，玻利维亚一半的人口在这里工作。来自欧洲的矿主在这里过着奢侈享乐的生活，而印第安人则被迫从事高强度的挖掘、采矿工作，在这里工作的矿工每人一年工作至少17周，他们的死亡率非常高，他们把波托西山称为“地狱之口”。据统计，从1545年到1560年间，运回西班牙的黄金平均每年为5500公斤，白银为246000公斤。在入侵拉丁美洲的300年中，西班牙人共从拉丁美洲运走黄金250万公斤，白银1亿公斤。仅波托西一地，从16世纪到18世纪，就被采掘走了大约20亿盎司白银，使欧洲持续高速发展达200年。从此，也拉开了一个所谓“贸易全球化”时代的大幕。这些白银使的西班牙一夜暴富，他们用这些白银打造了世界上最强大的舰队，并开始与土耳其、荷兰、英国作战。同时，他们与同样热衷于探险的葡萄牙人开始出现在中国的海面上。

（三）中西早期的贸易和货币之战

1.中国的白银缺乏症及白银本位制

中国自古以来是个白银、黄金都贫乏的国度。因此，中国在明代以

前主要以铜、铁为主要货币。在美洲白银被大量开采出来之前，明代的白银主要来源于与日本的贸易，然而，明代自立国之日起，就明令严禁民间将白银作为交易货币，他们像现代人一样拿着钞票——“大明通行宝钞”去购物，史称“禁银”。这种“禁银”一度造成中日关系恶化。从日本流入的白银远远不能满足中国经济发展的需要。正在这时，欧洲人来了，他们用从美洲掠夺来的白银购买令他们垂涎三尺的中国的茶叶、丝绸和瓷器，而中国的务实、勤俭的风尚和气候等因素，却让中国人对于欧洲人带来的钟表、玻璃、毛织品等并没有太大的兴趣，中国人只收白银。中国人把白银当做应对危机和以备不时之需的珍稀货币，甚至不惜将它们埋于地下，传之后代。于是，从明后期持续了整整两个半世纪，美洲的巨额白银源源不断地流入中国，由此，中国成为了“地理大发现”的最大受益者。同时，由于阿拉伯的衰落，和新的海上航线的开辟，西方人可以直接和中国人做生意了。

在明代以前，阿拉伯人掌握着东西方贸易的特权，他们一直充当着东西方贸易的中介和媒体，所有东方的物品均需通过阿拉伯人经由陆上丝绸之路贩运到欧洲，欧洲商人只能吃阿拉伯人的残羹剩饭。为了改变这种被动的局面，欧洲人也曾抗争过、奋斗过，他们不惜前后八次组织十字军东征，但均以失败告终，他们花费如此大的气力的目的就是试图缩短国际贸易通路，使自己能够直接和中国、印度做生意。后来，威尼斯商人和阿拉伯商人达成了新的默契：阿拉伯人在威尼斯的财产得到保护，他们专门与威尼斯人做生意。通过拉拢阿拉伯人，威尼斯才一跃成为欧洲的商业中心。

现在，美洲不断产出滚滚白银，全球进入一个白银时代，欧洲航海家已经掌握了环球航线和远洋航海技术，欧洲人和中国人直接做生意的时代终于到来了！

1571年，西班牙海军占领菲律宾，并在马尼拉设立了殖民首府，从此，欧洲与中国之间有了做生意的中转站。而此时的中国已经开放海禁，并且宣布白银为“合法货币”。实际上明朝的两大禁令——海禁与禁

银，都是因为推行不下去而被迫废止的。禁银的废止早于海禁，这其中的一个重要的原因，就是中国东南沿海地区一直没有完全中断与海外的贸易联系，尤其是亦商亦盗的海盗们的海商行为，大量的海外白银不断地流入中国，使得中国藏银于民。经济史上一般把取消禁银归功于被蒙古军队俘虏的明英宗朱祁镇。宣德十年（1435年），明英宗即位，下诏“弛用钱之禁”，于是铜钱得以恢复使用。1436年（正统元年），明英宗宣布，税粮折算成“金花银”，就是用足色而有金花的上好银两来征收税赋。同时诏令全国“弛用银之禁”，标志着废除了禁银令。到了嘉靖四年（1525年），官俸已经用白银发放，中国从此正式确立了银本位制。

中国此时确立银本位制，主要是受到了世界贸易的影响。大明当时已是世界贸易的中心，大明帝国确立了银本位制，也就意味着全世界确立了银本位制。从而，世界也进入了“全球一体化”时代，尽管当时的人类还没有这个概念。这个“全球化”的表现就是：欧洲人把自己的工业品运到美洲，从美洲把白银运到欧洲，再从欧洲运到中国，从中国买回丝绸、瓷器、茶叶等物品再运到欧洲。

2.美洲白银源源不断流入中国

欧洲人把1571年看作为东西方直接贸易的全球贸易时代的开始。这一年即明隆庆五年，此时中国已经取消海禁4年，正式确认银本位40余年。这一年，由西班牙牵头，欧洲各国联军在海上大败奥斯曼土耳其帝国，这意味着千年以来由中东转手贸易的时代结束了，东西方直接贸易的全球贸易时代开始了！同时，明政府宣布白银为合法货币，也直接推动了全球贸易的全面开展。这种东西方的直接贸易，给中国带来了大量的白银收入，中国从此走出了“银荒”时代，进入了白银时代，世界经济也为之进入了一个新的发展时期。

据统计，在美洲大陆被发现后的16至18世纪，拉丁美洲的白银产量约占全球白银产量的80%，而这些白银当中又有1/3—2/3流入了中国。1597年（万历二十五年），西班牙大帆船将34.5万公斤白银从阿卡普尔

运到中国，而当时中国的银矿产量约为6000公斤。而在这期间欧洲的贵金属输入量则锐减，据欧洲学者统计，与1591—1600年间相比，1641—1650年间美洲黄金输入欧洲的数量减少了92%，白银减少了61%。他们认为，这一减少与中国对外贸易的扩大有关。

其实，自古罗马时代以来，中国一直是欧洲货币的归宿地。17世纪，中国又与西班牙进行贸易，成为了美洲白银的主要吸收者。这主要是由于中国发达的制造业出口，给中国带来的巨大财富。当时中国的制造业既包括糖、布匹等生活必需品，更包括茶叶、瓷器、丝绸等生活奢侈品。发达的手工业和繁荣的对外贸易，使得中国在明代中后期表现出非凡的开放性和学术活力。这种开放性根植于对于自己强大的自信，其表现是对于外来事物的宽容和包涵。在明代，对于来自欧洲的科学技术中国人是持欢迎态度并且有着浓厚兴趣的，如传教士们带来的自鸣钟、三棱镜、地球仪等，在明朝士大夫中有着较广的知名度，各种科技书籍如《几何原本》、《矿冶全书》（翻译名为《坤舆格致》）等很快被翻译成中文并在文化界传播开来，传教士们在南京所展示的《西世地图》也引起了不小的轰动。崇祯皇帝还下令徐光启、李天经等人与外国传教士合编《崇祯历书》来介绍西方天文学知识和西式火器及水利知识等。不仅在自然科学领域，由于明代的开放性和包容性，明代后期属于我国自生、原创的哲学社会科学也同样焕发出耀眼的光辉。其中最具代表性的就是黄宗羲。黄宗羲（1610年－1695年），字太冲，号梨洲，世称南雷先生或梨洲先生，浙江宁波余姚明伟乡黄竹浦（今黄埠镇）人。明末清初经学家、史学家、思想家、地理学家、天文历算学家、教育家。黄宗羲与顾炎武、王夫之并称明末清初三大思想家（或明末清初三大儒）；与弟黄宗炎、黄宗会号称浙东三黄；与顾炎武、方以智、王夫之、朱舜水并称为“明末清初五大师”。黄宗羲亦有“中国思想启蒙之父”之誉。

黄宗羲学识渊博，大凡天文、历算、音律、经史百家，释道、农工等无不深究。治学以捍卫阳明心学自任，力主诚意慎独之说。亦重史学之钻研，服膺者如万斯同、全祖望、章学诚等皆以史学名家，蔚为浙东

学派。

作为和顾炎武、王夫之等人齐名的明代中国民本思想萌芽的代表人物之一，黄宗羲提出“天下为主，君为客”、官员应当“为天下，非为君也；为万民，非为一姓也”，“天子之所是未必是，天子之所非未必非”、“有治法而后有治人”、“必使治天下之具皆出于学校”（学校指一种机构）、“公其非是于学校”等观点。有学者认为黄宗羲的思想是近代民主思想，在民权理论上还超越了欧洲的卢梭。另外，有西方学者称黄宗羲为“中国自由主义先驱”。

黄宗羲还提出了所谓黄宗羲定律。黄宗羲定律是指中国历史上赋税改革历朝历代都有进行，虽赋税改革目的很多是为了减轻农民负担，改善国家财政，每次税费改革后，农民负担在短时间内确实有下降，但随后又增长到比改革进行前更高的水平，国家财政最后也得不到改善。他主张土地改革，赋税改革，大量减少胥吏（中下层官员），同时，反对传统重农抑商，认为并强调“工商皆本”。

身为教育家，黄宗羲培养了许多著名的弟子，如：万斯同、万斯大、全祖望、章学诚、邵晋涵、仇兆鳌、黄百家等。这些后学虽然有的享有较高的威望，如有布衣修史美誉的万斯同、浙东学派的重要代表人物的全祖望等，但就其学术和理论思想对于后世的影响而言，除了他们的史学理论外，其他均无法与黄宗羲相提并论，这与他们所处的时代有着密切的关联。经济的开放必然带来思想、学术的开放，而思想、学术的开放，则反过来会积极促进经济的繁荣与发展，反之，则会发生完全相反的结果。这是一个永久的真理。

正是由于明帝国的强大和开放，世界各国都乐于跟明帝国进行贸易，于是，便由了更多的白银流入中国。据记载，从1567—1644年明后期的77年间，从海外流入中国的白银就达3亿两之多。这些白银流入中国后，就再也没有流出中国，这也同样应证了中华民族所具有的超强的融合（化）力，任何东西只要进入了中国，就会融化在中国的土壤里，成为中华文明的一部分。藏银于库，深埋地下，可能是阻滞流入中国的

白银不再流出的重要因素。这就不难理解为什么当李自成的“大顺军”打开了紫禁城内“内承运库”的库房时，被惊得目瞪口呆——这里竟然堆积着三千七百余万两白银、一百五十万两黄金，而在这之前在国家即将沦亡时，皇帝仍然以“内帑已尽”为由拒绝给已经5年没有得到饷银的守护京城的官兵发饷，已经死到临头的高官贵族们当皇帝向他们募集守京城所需的白银时，还在哭穷。这也直接诱发了大顺军设立“比饷镇抚司”用来逼缴前明官员的白银，其具体标准是：中堂十万，部院京堂锦衣七万或五万、三万，道科吏部五万、三万，翰林三万、二万、一万，部属以下各以千计。造成这种悲剧的根源就是中国千百年来各国朝代养成的任何人都无法制约、自我渔利的庞大的官僚集团，这样的集团依仗其无边的权势和影响力，把社会资源极力集中于他们内部，把社会负担则集中于无权无势的小民身上，而每当社会发生动荡或者面临灾难时，真正为这些动荡和灾难买单的却不是那些拥有大量社会资源的官吏、贵族，而恰恰是那些身无社会资源、独善其身的小民。要解决这样的问题的唯一途径只能是“改朝换代”，而改朝换代的结果不过是新一轮循环的开始。

到了清代，因为政治原因也曾厉行“海禁”。但随着台湾问题的解决，清政府取消了“海禁”，对外贸易也随之恢复，欧洲白银很快又重新流入了中国。造成这种局面的仍然是由于中国的商品深受欧洲贵族的喜爱。这次最让欧洲贵族青睐而又属于一次性消费品的，不再是瓷器、丝绸，而是茶叶。在历经百年的“熏陶”之后，欧洲贵族早已喝惯了中国的茶，而且，在以肉食为主要食物的欧洲人，也逐渐养成了喝茶的习惯，欧洲人对茶叶的需求与日俱增。18世纪中西贸易的基本结构是西方国家以其殖民地的产品，如白银、棉花、胡椒等，交换中国的茶、丝、瓷器等。尤其是茶叶，在中西贸易中长期处于支配地位。从1722年至1833年的110年间，英属东印度公司从中国进口的总货值中，茶叶平均占到了70%—80%的比例。1770年至1822年间，茶叶占总货值的比重高达94%和95%；1825年和1833年，占到了100%。这意味着，进入19世纪后，英属东印度公司从广州运回国的中国货已经全部是茶叶了。作为清代仅次于英国的对华贸易国——荷兰，从1729年到1793年，其茶叶贸易占总货

值比重在70%—80%之间。

茶叶的流出，换来了白银的流入。从18世纪中叶起，白银占英属东印度公司对华输出货值的90%。1765年至1766年，英属东印度公司从中国输入的商品，是其对中国出口商品总值的302%。1775年1776年间，这一比值是256%。

3.小心的试探

一百多年以来，东西方间连年不断的巨大的贸易顺差，使得大量白银源源不断地流入中国。据统计，在1700年至1840年间，从欧洲、美洲运往中国的白银，约有一亿七千万两。造成这种情况的根本原因是当时中国的自给自足的自然经济和传统的生活方式，对西方商品几乎没有什么需求，而西方国家的工业品在中国也几乎找不到销售市场。当时广州的十三行对于“洋货”的销路很令他们头疼，洋人运来的“洋货”在内地市场上卖不出去，逼得一些商人只好买了洋货用来压仓底，或者赔钱低价出售。因为，中国人所需要的最主要的粮食——大米，对身体健康最好的饮料——茶，最适合于做人的衣物的材料——棉、丝和皮毛，中国国内都有，无须化一文钱到国外去购买。因此，在中国没有走出自给自足的自然经济围墙的前提下，就无法改变这种贸易顺差的局面。要改变这种局面，单靠贸易是无论如何也做不到的。而面对中国这样一个庞然大物，他们又不十分了解，他们对中国的了解仅仅表现于在西方出版的一些书籍和学者的论述之中。如《马可·波罗游记》、法国哲学家伏尔泰的剧作《中国孤儿》等，根据这些著作的描述，中国是一个“黄金遍地，人人都穿着绸缎衣裳”、“建立在正义、荣誉和守约的信义之上的”、“可爱的、富庶的、强大的国家”，是一个“传说中的东方”。因此，他们不敢像对待菲律宾、美洲印第安人、非洲的土著居民那样对中国轻易下手。他们需要经过一系列的试探之后，方能定下对付中国的方略。这种试探于18世纪末就开始了。

乾隆五十七年（1792年），英国派出一个访华使团，打着为中国皇

帝祝寿的名义，获准来到广州以外的中国的内地旅行。因为，在这之前，根据大清国的规定，外国人是不允许到广州以外的地方去旅行或者经商的。这一次在费尽周折之后，才得以自明朝灭亡后第一次踏上广州以外的中国的土地。

1792年9月，由英国国王乔治三世派遣的一支由800多人组成的庞大的访华使团来中国访问，他们希望能与中国互派大使，与中国建立稳定的外交关系，希望中国允许英国人在中国自由贸易，并且开放诸如宁波、天津等港口。他们经澳门外的万山群岛，获准从澳门出发前往天津，再经由天津到达北京。然而，当他们一踏上中国的土地，他们瞬间便被中国触目惊心的贫穷所震撼了！他们看到的是十分消瘦的中国人，是泥墙茅屋的住宅，是随处可见的弃婴，是富者甲第连云，贫者五立锥之地的景象，是对于偷盗、撒谎毫不脸红的中国人，是人的尊严的概念被巧妙地消灭于无形的无奈……。他们认为，在中国只有统治者与被统治者，根本没有所谓人的尊严、荣誉感，有的只是权力的威严，是权力所带来的财富，是近乎没有国家可以比拟的贫富差距……。

这次访华使团没有达到预期的目的，此行以失败告终。但是，这次访华却给中国带来了巨大的负面影响，他们在回国后给清朝下了这样的定义："中华帝国只是一艘破败不堪的旧船，只是幸运地有了几位谨慎的船长才使它没有沉没。它那巨大的躯壳周围的邻国见了害怕。假如来了个无能之辈掌舵，那船上的纪录与安全就都完了。"

他们回去后对于中国的评价，直接影响到了四十年后鸦片战争的爆发。

4.罪恶的贸易——中国白银外流的开始

如前所述，正是由于中国这种自给自足的自然经济起着决定性作用，又加之中国对白银的惊人的胃口，使得意图以强大的经济实力把英镑打造成为一种主权货币而崛起的英国，心急如焚，他们在无计可施的

情形下，想到了鸦片。他们认为，通过向中国输出鸦片，就可以把付给中国的白银换回来。向中国运送鸦片的计划最先是由英属东印度公司的高级职员华生上校提出的，公司董事会很快就批准了这个计划：东印度公司先将鸦片批发给有“鸦片特许经营权”的散商，然后再由这些散商去广州出售鸦片，其收入纳入东印度公司的广州财库。广州财库支付伦敦汇票给这些散商，最后这些散商卡拿着汇票去英国兑换现金。这样做的目的是为了洗脱公司进行鸦片交易的罪责，给人一种公司并不清楚鸦片贸易内幕的假象。

耐人寻味的是，清政府于1773年（乾隆三十八年）批准了东印度公司的计划，东印度公司于是成立了专门的“鸦片事务局”，垄断了印度鸦片的生产和出口。他们的具体做法是：东印度公司在印度和阿富汗种植鸦片，把鸦片卖给中国，换回白银。到了乾隆后期，鸦片输入已占输入货物的1/2了。从此，东西方的贸易和货币之战正式拉开了帷幕。据统计，在18世纪最后的十年中，每年从印度销往中国的鸦片，平均约为2000箱。1800年以后，每年输入到中国的鸦片增长到约4000箱，1932年则达21605箱，到了1838年高达40000箱。这样的贸易形式果然取得了英国人想要的结果，1823年以后，英国的白银便不再流入中国了。当然，这其中不仅仅是鸦片贸易的结果，其他因素，比如英国、英属印度和中国民间商人对于白银的投机，也是造成白银不再流入中国的重要原因。

当时，中国的纹银是世界上成色最高的，在东印度公司的总部、印度加尔各答，人们喜欢把中国的纹银铸造成银币，其价格比同样重量的外国银币高15%。但是，在中国的广东，纹银的价格并没有外国银币高，这就导致了一些投机商把中国纹银直接运到加尔各答，以套取大量利润，同时也可以用与中国纹银同样纯度的白银在欧洲制造银币，再将这些银币运抵广州出售，既可获得高额利润。这种白银的投机活动，导致从中国流出的白银，是高纯度的纹银，而非一般的碎银，这种白银投机的数量是惊人的。1951年，西方学者格林伯格在《英国与开放中国贸易，1800~1842》一书中揭示：真正导致19世纪中国白银向英国回流的原因，是英国、英属印度和中国投机商人对于白银的投机活动。这实际

上已经严重地破坏和扰乱了中国的货币体制和金融市场。

5.最初的碰撞

由于鸦片贸易与纹银的套利活动，使得中国白银大量外流，中国出现了“银贵钱贱”的现象：19世纪初，白银一两约合铜钱1000文，到鸦片战争前夕，白银一两已经相当于铜钱1600文。此时，在中国知识界也开始了一场围绕鸦片贸易的论战。当世知名学者包世臣在1820年就意识到鸦片进口导致中国白银外流，指出“鸦片耗银于外夷”。道光九年（1829年），御史章沅才指出鸦片输入“每岁易银至数百万两之多”，非“寻常偷漏可比”。道光十六年（1836年），时任鸿胪寺卿的黄爵滋对广东的白银外流情况做了精确的统计：广东白银外流量在1823至1831年间，为每年一千七八百万两；到了1831至1834年间，每年两千余万两；1934之1836年间每年三千万两。他指出：“以中国有用之财填海外无穷之欲，易此害人之物，渐成病国之忧，日复一日，年复一年，臣不知伊于胡底。”林则徐则更加直截了当地指出：“数十年后，中原几无可以御敌之兵，且无可以充饷之银”。在这场论战中的另一方则是“弛禁派”或“变通派”，他们对于外流的白银做银两与银元的换算比例的估算，主张以变通的方式防止白银外流，“准令夷商将鸦片照药材纳税，入关交行后，只准以货易货，不得用银购买”，同时“宽内地人民栽种罂粟之禁”，他们企图以此来逐步杜绝白银外流。

但是，当时的一些有识之士，已经开始认识到：“纹银制”已经不能抵御国外银元对中国货币体系的侵害。从清朝开国到道光年间，外国银元大量进入中国，其在兑换白银时的交换价值呈逐渐上升的趋势，远远超过了它的实际价值，使中国蒙受了重大的损失。于是有人公开请求政府自铸银元，驱逐银洋。道光十三年（1833年），两江总督陶澍、江苏巡抚林则徐，一同上奏，主张政府自行铸银钱，以抑洋钱在中国的流通。可道光皇帝以“不合祖制”严厉训斥陶、林二人，他认为，现在洋钱还禁不住，我们如果再自铸银钱，岂不更加禁不住洋钱的流通了吗？然

而，已经意识到了自己铸造银币对于抑制白银外流的重要性的林则徐，不惜自行铸造银币，使其在自己的辖区江苏省使用，名曰“道光通宝”银钱（仿照中国铜钱的圆形方孔式样）。虽然由于假币和劣币的出现，导致这次区域铸币的失败，但是，它表明早在东西方货币冲突的最初时期，中国当时的有识之士人已经开始有意识地主动行动起来，自觉地抵制和抵御西方货币对于中国货币体制的冲击，应当说，东西货币之战此时已经拉开了帷幕，其集中的爆发点就是1840年开始的那场已为中国人民熟知的鸦片战争。可以认为，那场著名的鸦片战争，既是中国近代史的开端，也是东西方文化直接碰撞的开始，更是东西方货币冲突的肇始。

6.结论

综上所述，引起东西方货币冲突（包括文化冲突）的起因，可以简单地概括为以下六个因素：

第一，中世纪后期（15世纪）欧洲自身发展的局限性，导致了欧洲人强烈的对外扩张和发展的欲望。

第二，极少数欧洲人对于东方的航路探险和他们对于东方富庶情形的描述及介绍，极大地激发和膨胀了欧洲人原始的冒险意识和掠取财富的野心。

第三，东方人发明和发现的一些先进的诸如指南针等航海技术，以及数学、天文学等先进的知识，为欧洲人向东方扩张提供了必须的知识储备。

第四，19世纪以前长期的东西方贸易中的顺差，坚定了欧洲人掠夺东方财富的决心。

第五，东方人因循守旧、安于现状的思想体系造成了东方人对于西方人挑衅反映的迟缓和忍让，使得欧洲人敢于得寸进尺，甚至不惜“冒天下之大不韪”发动战争。

第六，18世纪以来欧洲对于来自东方的科学技术的消化和再创造，使得他们在19世纪初期就已经拥有了当时东方国家所不具备的坚船利炮。

二、东西方货币冲突的历程

（一）从银两到“龙洋”

1.十三行的兴衰

根据中英签订的《南京条约》，中国需赔偿英国2100万银元，约合1470万两白银，除此之外，自1841年5月至1843年4月间，英国还以各种手段攫取了690余万两白银。同时，英国借机推翻了清政府在广州已经推行了近两个世纪的“行商”制度。所谓“行商”实际指的就是“十三行”，是指鸦片战争前广州港口官府特许经营对外贸易的商行之总称。行数并不固定。十三行对官府负有承保和交纳外洋税饷、规礼，传达政令及管理外洋商务人员等义务；也享有对外贸易特权。相传十三行名称起于明代，但具体含义不详。俗亦称“洋行”、“洋货行”、“外洋行”。

康熙帝二十四年（1685年）开放海禁后，清廷分别在广东、福建、浙江和江南四省设立海关。粤海关设立通商的当年，广州商人经营华洋贸易二者不分。次年四月间，两广总督吴兴祚、广东巡抚李士祯和粤海关监督宜尔格图共同商议，将国内商税和海关贸易货税分为住税和行税两类。住税征收对象是本省内陆交易一切落地货物，由税课司征收；行税征收对象是外洋贩来货物及出海贸易货物，由粤海关征收。为此，建立相应的两类商行，以分别经理贸易税饷。前者称金丝行，后者称洋货行即十三行。从此，洋货十三行便成为经营外贸的专业商行。名义上虽

称“十三”, 其实并无定数。

公行确立于康熙四十二年（1703年）。最初由官方指定一人为外贸经手人。此人纳银4万两入官，包揽了对外贸易大权。后来，各行商从自身利益出发，共同联合组织起来，成立一个行会团体，即所谓的“公行”。据史记载，于1720年11月26日，公行众商啜血盟誓，并订下行规十三条：

第一条：华夷商民，同属食毛践土，应一体仰戴皇仁，拆图报称。

第二条：为使公私利益界划清楚起见，爰立行规，共相遵守。

第三条：华夷商民一视同仁，倘夷商得买贱卖贵，则行商必致亏折，且恐发生鱼目混珠之弊，故各行商与夷商相聚一堂，共同议价货价，其有单独行为者应受处罚。

第四条：他处或他省商人来省与夷商交易时，本行应与之协订货价，俾得卖价公道，有自行订定货价或暗中购入货物者罚。

第五条：货价即经协议议妥贴之后，货物应力求道地，有以劣货欺瞒夷商者，应受处罚。

第六条：为防止私贩起见，凡落货夷船时均须填册，有故意规避或手续不清者应受惩罚。

第七条：手工业品如扇、漆器、刺绣、国画之类，得由普通商家任意经营贩卖之。

第八条：瓷器有待特别鉴定者（指古瓷），任何人不得自行贩卖，但卖者无论赢亏，均须以卖价百分之三十纳交本行。

第九条：绿茶净量应从实呈报，违者处罚。

第十条：自夷船卸货及缔订装货合同时，均须先期交款，以后须将余款交清，违者处罚。

第十一条：夷船欲专择某商交易时，该商得承受此船货物之一半，

但其他一半须归本行同仁摊分之，有独揽全船货物者处罚。

第十二条：行商中对于公行负责最重及担任经费最大者，许其在外洋贸易占一全股，次者占半股，其余则占一股之四分之一。

第十三条：头等行，即占一全股者，凡五；二等者五；三等者六；新入公行者，应纳银一千两作为公共开支经费，并列入三等行内。

初时，公行没有法定的共同领袖，也没有取得完全统一的部署，组织相当松散，时散时复。一直到乾隆四十五年（1780年），广东巡抚李湖等奏请明立科条，建议“自本年为始，洋船开载来时，仍听夷人各投熟悉之行居住，惟带来各物，令其各行商公同照时价销售，所置回国货物，亦令各行商公同照时定价代买”即是说要复设公行。两年后，经清政府批准，公行正式恢复，从此一直延续到1842年《南京条约》签订前，再也没有解散过。

十三行在创建时，广东官府规定它是经营进口洋货和出口土货（包括广货、琼货）的中介贸易商行。最初指定洋货十三行经营的贸易对象，实际包括外洋、本港和海南三部分内容。乾隆帝十八年（1753年），业务曾一分为二，专营外洋各国来广州贸易的叫外洋行，经营出海贸易的称为海南行。自乾隆帝二十五年（1760年）起，外洋行不再兼办本港贸易的事务，另由几家行商专营暹罗（今泰王国）贡使及其商民贸易税饷事宜，称为本港行；而海南行又改称福潮行，经营包括广东潮州及福建商民往来买卖税务。这时来到广州海口商船渐多，贸易发展，各行口商人资本稍厚者经办外洋货税，其次者办本港船只货税，又次者办福潮船只货税。乾隆帝六十年（1795年），本港行因其中个别商人倒账破产而被官府革除，其业务划归外洋行，每年推举两家来轮流办理。嘉庆帝五年（1800年）以后，在广州经营贸易的商行，按业务范围划分只有外洋行和福潮行。前者仍称洋货行或十三行。专设经理广州外贸税饷事务的洋货十三行，是清廷实行严格管理外贸政策措施的重要组成部分，其目的在于防止中外商民自由交往。它由封建官府势力“招商承充”并加以扶植，成为对外贸易的代理人，具有官商的社会身份，也是

清代重要的商人资本集团。

洋货十三行作为清代官设的对外贸易特许商，要代海关征收进出口洋船各项税饷，并代官府管理外商和执行外事任务。这是清代对外贸易的主要特点。为了整顿洋行制度，进一步加强对外商的直接管理，清廷于乾隆帝十年（1745年）从广州二十多家行商中选择殷实者五家为保商，建立保商制度。保商的责任是承保外国商船到广州贸易和纳税等事，承销进口洋货，采办出口丝茶，为外商提供仓库住房，代雇通商工役。保商对于承保的外国商船货物因享有优先的权利，在其他分销货物的行商交不出进口货税时，必须先行垫付。凡外商有向官府交涉禀报的事，责令保商通事代为转递，并负责约束外商不法行为。尽管外商对保商制度表示不满，但清廷一直加以维护。行商和外商利益一致时，就互相勾结；利益矛盾时，就互相欺骗敲诈，酿成种种纠纷。有的行商在封建官府和外商之间投机取巧，获利致富；但大多数行商则在封建官府和外商夹击下，招致破产。

公行议定行规，表面是为约束不法行为，扶持对外贸易，实际上却增加了不少禁约。它对货物实施公行垄断，以便按照行会的利益自行调整价格。英商为打破公行垄断，通常用收买个别行商、贿赂官府的手段，使公行难以持久，如乾隆帝二十五年（1760年）广州公行正式奉准成立，到乾隆帝三十六年（1771年）即被解散。此外，公行存在期间，在行商之间及行商和散商之间，又为争夺商业利润互相倾轧，外商得以乘机在进出口货价和交易量上利用矛盾，遂造成公行的亏损和债务；公行制度下的行商，因对行欠债务负有连带责任，故不断出现倒闭。乾隆帝四十七年（1782年）公行再度恢复，并开始设立利用行佣积累起来的公所基金，用以清偿行商的拖欠、罚款等，以维护公行的稳定。重建后的公行，延续了近六十年。

鸦片战争以后，《南京条约》规定，废除中国对外贸易中的公行制度，允许英国商人在各口岸任意与华商交易。道光帝二十三年七月初一（1843年7月27日），广州开放通商，一些十三行行商仍旧营业。他们

曾经对新定的自由通商进行种种抵制，力图保住昔日的独占地位，但未能如愿。咸丰帝六年（1856年），十三行毁于广州西关大火。从广州十三行的形成至逐步消亡的二百多年间，广州十三洋行先后发生过多次大火。

导致十三行最终退出历史舞台的是1856年冬天的那场大火。第二次鸦片战争期间，驻扎在十三行地区的英军，为阻止中国军民对外国商馆的袭击，拆毁了十三行地区周围大片民居，留下一片空地以防止中国军民的偷袭。1856年12月14日深夜，痛恨侵略者的广州民众从被拆毁的铺屋残址上点火，火势舜间即蔓延至十三行外国商馆区。15日凌晨烧及美法商馆，下午2时延至英国商馆，到下午5时，十三行地区除一栋房子幸存外，全部化为灰烬。据当时南海知县华延杰在《触藩始末》一书描写："夜间遥望火光，五颜六色，光芒闪耀，据说是珠宝烧烈所至。"英军失去据点，被迫撤回泊于珠江上的军舰。十三行商馆区从此结束了它的历史。

2."全球性通货膨胀"的起因——中国退出了世界经济贸易的核心层地位

十三行的不复存在，终于使得英国可以开始向中国进行它所渴望已久的"自由贸易"了。从此，大量的英国棉纺织品和其他工艺品源源不断地销往中国，其中既包括一些诸如棉纱、棉布等棉纺织品，甚至包括了钢琴、西餐刀叉等商品。据统计，道光二十年（1840年），英国对中国的商品出口额为52.4万英镑，五年之后（1845年）已达239万英镑，此时鸦片的输入却并未因为贸易额的增加而减少，相反，却更加变本加厉，1840年输入中国鸦片为15619箱，到了1856年就猛增到58606箱，比鸦片战争前的1938年还多18606箱。

与此同时，英国人利用在中国攫取到的优良的茶叶品种，开始在印度和斯里兰卡（锡兰）大力发展茶叶种植，并开始推行机械化生产，使得中国仍然停留在手工作坊阶段的制茶叶，失去了竞争优势。同时，日

本也在大力发展集约化的养蚕制丝业，日本利用其极其低廉的劳动力和资源成本，取代了中国的蚕丝业在国际市场上的地位。从此，中国业再没有了在国际市场上可以引以自豪、独具鳌头的产品了，并且很快从一个白银输入国变成了白银输出国。

而当中国失去了巨大的白银需求，使得世界银价一落千丈，在鸦片战争结束后的20年里，白银已经不能继续担当起世界主要货币的角色了。因为，自16世纪以来，世界经济贸易体系是依靠美洲源源不断地供给白银，和中国源源不断地需求白银来保持平衡的，而一旦这个平衡被打破，或者说中国源源不断地需求白银的这个贸易链条一旦被打断，全球的白银时代必将走向终结，而且，更为不幸地是，由于这个链条的断裂，也同时造成了世界范围内的国际经济贸易的链条的断裂，这就需要建立起新的国际经济贸易体系和国际货币本位体系。在欧洲国家纷纷转向金本位制和构建起新的国际经济贸易体系的过程中，由于持续和引领了世界经济贸易潮头达数个世纪之久的中国突然被推出世界经济贸易的核心层地位，使得很多原来一直与中国保持良好的经济贸易往来的国家，因国际交易货币的转换和交易对象的变更，而一度陷入了迷茫和低谷，整个世界从此也进入了一个持续通货膨胀的时代，自此价格的浮动和高涨，便不可避免地成为了人们日常生活的伴侣，因为，原来能够防止“全球性通货膨胀”的“消火栓”被突然拔掉了，换句话说，能够把无数的白银洗换成人类所必需的货物或者其他必需品的国家失去了这个洗换和存储白银的能力，从此大量滚烫的黄金、白银和热钱开始肆意地在世界各地飞扬！世界从此也走进了更加动荡不安的新的时代！

3.纸币在中国的出现

白银的大量外流，使中国的银本位制逐步走到了尽头。在此情况下，清政府把印制纸币提上了议事日程，这对于清政府来说可是一个新问题，因为，自清立国至今，从未发行过纸币。

提出印制纸币的是时任户部右侍郎兼管钱法堂事务的王茂荫。早在

咸丰元年（1851年），为了给清政府筹措镇压太平天国运动的军费，王茂荫就曾建议清政府发行纸币，并且提出印钞数额为一千万两白银的价值为限，以防止因过多发行纸币而引发通货膨胀。此事被马克思的《资本论》所提及，可见，此印发纸币之事，已经引起世界的关注。咸丰年间发行的纸币，有官票和宝钞两种，官票又称“钱票”，以银为基础，宝钞又称“钱票”，以铜钱为基础。不仅如此，清政府还开始引入西方的金融制度，实行近代中国第一次的金融变更。咸丰三年（1853年），英国麦加利银行在中国设立分行，此后，英国汇丰银行、法国东方银行、日本横滨正金银行、德国德华银行、美国花旗银行等银行都相继在中国设立银行或分行。进入19世纪90年代以后，外国银行开始在中国各通商口岸发行纸币——银行券。面对西方各国日益紧迫的金融侵蚀，清政府也意识到中国业要成立自己的银行。于是，光绪二十三年（1897年），中国通商银行在上海成立，这是一家股份制银行，该行获准发行纸币，其钞票分为“银币”、“银两”两种，它们分别以银币和中国纹银为准备金。这是中国第一次真正意义上的现代纸币，被称为“中国第一钞”，从此，在中国，中国钞票可以和外国钞票分庭抗礼了。这种纸币发行权，直至1935年国民党政府实行法币政策时才被取消。

其实，在19世纪末20世纪初，中国也相继发行过银行券和自己铸造的银币。光绪三十一年（1905年）和三十三年（1907年）官商合办的户部银行（后改称大清银行）和交通银行都相继发行了银行券，同时，1907年成立的私人银行浙江兴业银行、四明商业银行等也都发行了银行券。为了抵制外国银元对中国金融业的洗劫，解决国内货币缺乏的问题，清政府同意吉林和广东等地自行铸造银元。光绪十年（1884年），吉林自行铸造银元以解决军饷为题，自此，中国第一套由机械制造的没有方孔的实心的银币出世了。光绪十五年（1889年），两广总督张之洞在广东铸造的“光绪元宝”问世，这种铸有蟠龙图案的“龙洋”，其正面铸有英文，以便与外国人进行交易。

4.永远的教训

从此，在中国延用了几百年的银两逐步退出了中国，代之而起的是象征着现代金融意义的银元。中国从此也走上了开辟现代金融事业的道路。这是中国的一大进步，但这种进步从客观上讲，是迫于外部的压力而被动进行的，也是在付出了莫大的代价后的进步，是东西方贸易和货币争斗的结果和必然。中国在60余年的时间里，从一个牢牢把握着世界经济贸易命脉、把持着世界贸易话语权和世界货币决定权的国家，一落而成为贸易逆差国和被动挨打地位的国家，形成这个落差的根本原因很多，有人将其归结为中国传统文化因素的影响，有人将其归结为中国封建制度使然，但无论怎么说，当时的中国人的安于现状、自我满足、闭关自守的思想和观念，则是造成在东西方贸易和货币冲突中，败下阵来的主要原因之一。这也使我们大家逐渐明白一个道理：缺乏冒险和创新精神是一个民族发展中的大敌。西方国家在得知自己较之东方落后的情形下，并没有自怨自艾，天生的好奇和敢于冒险的精神，促使他们积极地去探索前往东方的路径，以求去东方探个究竟，于是便有了新航路的开辟和一系列侵略掠夺行径，他们做这一切的目的很明确，那就是一定要找到一条通往东方的路径，去东方寻找财宝，为自己积累财富。为达此目的，他们不惜抛弃一切荣辱，动用一切手段，极尽其力所能及。他们的理念就是，抢到的就是我的，就属于我所有，他人动不得。但是，如果把他们的行为仅仅归结为残忍、无耻、暴力，那就大错特错了，他们在从事野蛮的殖民抢掠的同时，也创造出了种种巧取豪夺的方式和手段，能够给他们带来巨大的利益，并且能够产生利生利、钱生钱的谋利方式——金融手段，便是其中的一种重要的方式和手段。金融固然包含罪恶，就像洋枪、洋炮一样会衍生罪恶，但历史表明，如果一个国家金融业落后了，就注定了要失败。如果在英国人企图用鸦片贸易和白银投机来夺取中国的世界贸易领先的地位之时，中国人如果在18、19世纪发明出投资银行、外汇交易等金融手段，并且早在18世纪末或者19世纪初就开始自行铸造银币，那么，东西方冲突的结果，恐怕就不会是我们后来看到的样子。可惜的是，在西方国家纷纷开始创立各种新的殖民和谋利手段，并开始大肆利用金融手段谋利和套利活动的时候，中国的统治

者还严厉推行抑商政策，严令什么除了“十三行”之外不准任何人擅自与外国人做生意，否则要冒杀头的危险。而当有人提出要自行铸银钱“欲抑洋钱”的时候，统治者还以“不合租制”为由加以训斥。那么当时的统治者考虑的究竟是什么呢？一句话，“统治”，对于华夏数亿臣民的统驭之权。他们认为，只要掌握了臣民的生杀予夺的权力，就有了一切！因而，在他们眼里，任何可能触动他们“祖制”和利益的东西，就是洪水猛兽，决不可让其自流泛滥，他唯一怕的是危及他的既有利益和统治的权力。正是这种愚昧至极的思想耽搁了中国的发展机遇，断送了中华民族的大好前程。这是我们应当永远汲取的教训！

（二）中国清末的数次“金融风暴”

上文中论及，帝国主义制造的清末数次“金融危机”，导致大量票号倒闭，票号逐步走向衰落。下面我们来看看这些危机的具体情况。

自鸦片战争以来，帝国主义用大炮打开了中国的大门，从此外国人可以在中国开设银行，从事各种金融业务，外资可以自由流动，而且不受监管。清政府为了支付战争赔款，屡次向外资银行大量借款，外资银行则借机控制了中国的金融市场。他们首先拿钱庄开刀。当时，中国钱庄借款利率较高，外资银行进入中国后，用低利率从社会上吸收存款。于是，钱庄纷纷向外资银行借贷，外资银行则成为中国“钱庄的钱庄”。

同时，他们开办银行，向中国放贷，他们的目的是意在抑制中国的丝绸、茶叶的出口价格。为达此目的，他们不惜人为地在中国制造一次又一次的“金融危机”，以控制中国的出口和金融体系。

1.第一次金融危机

1872年至1873年间，当时，中国的经济有所复苏，进口和出口都有大幅上升。但中国仍是一个贸易逆差国家，逆差额达300余万两白银。

1872年初，正值中国丝、茶出口的旺季，外国银行家抓住了这个机会，把贷款利率提高到了50%，让中国的出口商人无款可贷。于是中国的出口商人只好压低价格，或者暂时放弃出口。1873年，中国出口额减少了210余万两白银。这次“丝茶危机”使中国的商人纷纷亏损和倒闭，苏州、汉口等地的票号也出现了债务危机，挤兑现象发生了，而且排山倒海、势不可挡，著名徽商胡雪岩经营的“阜康”票号率先倒闭，从而引发了全国性的信用危机，整个中国的金融市场陷入了一片恐慌。截止到1874年初，已有一半以上的钱庄破产倒闭。这就是中国历史上的第一次由帝国主义银行家制造的金融危机。这一次金额危机，让外资银行初步摸到了中国金融市场的规律，同时，严重打压了中国的出口和金融市场。

2.第二次金融危机

接着他们为了进一步控制中国的金融和丝茶出口市场，不惜于1879年又一次制造了第二次中国金融危机。这一年中国的丝、茶出口又有了起色，但汉口和上海的外资银行均不同意借钱给华商，致使中国市场再次出现了银根吃紧的现象，很多票号因资金周转不灵而纷纷倒闭。这次金融危机使得外国人控制了中国的丝、茶出口量及价格。

3.第三次金融危机

为了彻底控制中国的金融市场，进而彻底控制中国的政治经济，1883年他们又制造出了第三次金融危机。当时由于金融投机活动的影响，中国市场需要大量资金，外资银行却拒绝办理短期信用贷款，致使纯泰和泰来两家大钱庄倒闭，共欠银26万两。与钱庄有业务往来的票号，也因此而遭受到了严重损失，他们急于收回贷款，从而加剧了金融动荡。同年冬天，上海的78家大钱庄只剩下了10家，受连累的金融机构达300余家。就是在这次危机中，中国清末著名的红顶商人胡雪岩苦心

经营几十年的金融帝国轰然倒塌，其幕后的黑手就是国外金融资本势力与国内金融买办势力，正是他们的内外夹击，导致了胡雪岩的庞大帝国的崩溃。

胡雪岩，名胡光墉（1823～1885），徽州绩溪人，因在杭州经商，寄居杭州，幼名顺官，字雪岩，著名徽商。初在杭州设银号，后入浙江巡抚幕，为清军筹运饷械，1866年协助左宗棠创办福州船政局，在左宗棠调任陕甘总督后，主持上海采运局局务，为左大借外债，筹供军饷和订购军火，又依仗湘军权势，在各省设立阜康银号20余处，并经营中药、丝茶业务，操纵江浙商业，资金最高达二千万两以上，是当时的“中国首富”。

胡雪岩幼时家贫，帮人放牛为生，稍长，由人荐往杭州于姓钱肆当学徒，得肆主赏识，擢为跑街。咸丰十年（1860），因肆主无后，临终前，以钱庄赠之，乃自开阜康钱庄，并与官场中人往来，成为杭城一大商绅。咸丰十一年（1861）十一月，太平军攻杭州，他从上海、宁波购运军火、粮米接济清军。左宗棠任浙江巡抚，委胡雪岩为总管，主持全省钱粮、军饷，因此阜康钱庄获利颇丰。京内外诸公无不以阜康为外库，寄存无算。他还协助左宗棠开办企业，主持上海采运局，兼管福建船政局，经手购买外商机器、军火及邀聘外国技术人员，从中获得大量回佣。他还操纵江浙商业，专营丝、茶出口，操纵市场、垄断金融。至同治十一年（1872）阜康钱庄支店达20多处，布及大江南北。资金2000万余两，田地万亩。由于辅助左宗棠有功，曾授江西候补道，赐穿黄马褂，是一个典型的官商。同治十三年，筹设胡庆馀堂雪记国药号，光绪二年（1876）于杭州涌金门外购地10余亩建成胶厂。胡庆馀堂雪记药号，以一个熟药局为基础，重金聘请浙江名医，收集古方，总结经验，选配出丸散膏丹及胶露油酒的验方400余个，精制成药，便于携带和服用。其时，战争频仍，疫疠流行，“胡氏辟瘟丹”、“诸葛行军散”、“八宝红灵丹”等药品备受欢迎。此后，胡光墉亲书“戒欺”字匾，教诫职工“药业关系性命，尤为万不可欺”，“采办务真，修制务精”。其所用药材，直接向产地选购，并自设养鹿园。且招牌为“真不二价”胡庆馀堂现

为国内规模较大的全面配制中成药的国药号，饮誉中外，对中国医药事业发展起了推动作用。

任何事物都有盛极而衰的过程。正当胡雪岩春风得意，意欲再展宏图之际，一场绞杀胡雪岩的大网已经悄悄张开。光绪八年（1882），胡雪岩在上海开办蚕丝厂，耗银2000万两，生丝价格日跌，据他观察，主要原因是华商各自为战，被洋人控制了价格权，胡雪岩高调坐庄。百年企业史上，第一场中外大商战开始了。开始，胡氏高价尽收国内新丝数百万担，占据上风。华洋双方都已到忍耐极限，眼见胜负当判，谁知“天象”忽然大变。欧洲意大利生丝突告丰收再就是中法战争爆发，市面剧变，金融危机突然爆发。事已如此，胡雪岩已无回天之力。次年夏，被迫贱卖，亏耗1000万两，家资去半，周转不灵，风声四播。各地官僚竞提存款，群起敲诈勒索。十一月，各地商号倒闭，家产变卖，胡庆馀堂易主，宣告关门倒闭。接着，慈禧太后下令革职查抄，严追治罪。胡雪岩遣散姬妾仆从，姬妾仆从宁死都不离开胡雪岩，他的棺木埋于杭州西郊鸬鹚岭下的乱石堆中。1921年纱布交易所建立，也算是给乱坟堆里的胡雪岩一个迟到了30年的告慰。

实际上直接操纵胡雪岩帝国轰然倒塌的幕后黑手正是那些外资银行家们。1883年11月初，胡雪岩有一笔50万两的汇丰银行债务必须偿还，这笔债务让他倍感焦虑。在正常情况下，以胡雪岩的财富规模，决不至于被区区50万两银子难倒。但此时，他的对手们早已给他布下了一张天罗地网，它自己也隐隐地感觉到他这次恐怕难逃劫数。胡雪岩当时的正面敌人就是有着号称“欧洲第六大强权”的英国巴林银行为后台大老板的怡和洋行，此时双方正在围绕生丝生意的霸主地位展开着激烈的较量。

1882年初春，胡雪岩派人深入生丝产地进行仔细调查，发现当年的生丝收成减少，将出现严重的供货不足。他立即抓住这一难得的时机，开始悄悄地在江浙育蚕村镇四处采购生丝，广发定金，控制货源。根据原来的估算5月份生丝收成可能达到8万包，但到了8月份，实际收成只有6万包。于是胡雪岩将上千万两白银全部投入到这场亘古罕见的生丝

大决战中。到1882年夏天，它共囤积了2万包生丝，占全部货源的1/3强。为彻底控制价格，它力邀丝业同行组成生丝价格同盟，坚持高价出售，试图一举拿下定价权。果然，发现不出高价就难以买到生丝的怡和洋行，开始请与胡雪岩有关系的人士出面与胡雪岩商量能否做出价格让步，日本商家也找到胡雪岩提出按照当时的市价，再加1000万两白银收购胡雪岩囤积的生丝，只要胡雪岩同意，他就可以唾手可得相当于20亿元人民币的毛利，但胡雪岩还是拒绝了，他要更高的价格。恰在此时，欧洲的蚕丝获得丰收，欧洲市场已经可以不需要中国市场的蚕丝了。于是到1883年年关时，丝价大跌，胡雪岩试图邀集丝商将来年的新丝再次收尽，但无人响应。这种情形对于胡雪岩就相当不利了。因为，维持价格控制需要高昂的成本，其中包括对加盟丝商的利益补偿、高价收购生丝、提高定金比例、不菲的货栈费用、巨大的融资成本，以及运输、保险、人工都要钱。惊人的资金占用使得胡雪岩的现金流处于日益脆弱的危险之中。这时，一直在暗中伺机干掉胡雪岩的北洋派干将盛宣怀终于看到了机会开始行动了。盛宣怀是李鸿章的亲信，而胡雪岩则是以时任两江总督的左宗棠为后台的。李、左二人早在19世纪70年代在防与塞防之争时就埋下了深刻的矛盾。胡雪岩还是左宗棠收复新疆全境的功臣，没有胡雪岩为左宗棠的军事行动融资1600万两白银，左宗棠无法在收复新疆的战争中获得殊荣。而此时，中法之间又剑拔弩张，左宗棠再次主战，李鸿章再次主和，李鸿章很怕大笔资金再度流入主战派手中，致使北洋系统经费来源不足，因此，他决定先废掉左宗棠的“钱袋子”胡雪岩。于是，盛宣怀想到了一个既能够左右外国银行、又能够控制上海全部钱庄票号、典当铺的人物——中国金融史上最为强大的金融买办帝国的缔造者、来自洞庭东山的席正甫。

席正甫何许人也？席正甫，1838年出生于苏州洞庭东山的一户大户人家。其父席品方去世后，家境衰落，1857年太平军战事发生后，席正甫从苏州来到上海，在同乡所设小钱庄当学徒。1860年他自开了一家钱庄，1866年当上了英商汇丰银行的跑街。1874年，席正甫代表汇丰银行买办王槐山与清政府商谈福建台湾海防借款事宜，最后，汇丰银行以比

当时高得多的利息，借给清政府200万两10年期借款。这笔贷款的成功，开创了汇丰银行政治贷款的先例，将该行从财务窘境中解脱了出来，也使席正甫从此得势，既当上了汇丰银行买办，又受到清朝大臣李鸿章和左宗棠等的赏识。为了获得巨额贷款，他们争相拉拢席正甫，李鸿章还特意上书朝廷，替他保荐官职，席正甫接受了二品衔红顶花翎，又捐了道台一职。但他做官仅仅是为了抬高身价，并未赴京就任实职，他借与清廷的关系和汇丰银行买办的身份，左右逢源，得到了极大的好处。从1874~1890年，清政府向汇丰银行借款17笔，绝大多数是由席正甫一手经办，他由此得到了大量佣金，而汇丰银行通过席正甫的上下沟通，业务也蒸蒸日上，为此对他优渥有加。

19世纪80年代，汇丰银行某大班在买办担保一事上与席正甫发生冲突，席正甫一气之下辞职，汇丰银行总行坚决不允，不仅专门来信挽留，还撤换了该名大班，使席正甫稳坐买办交椅长达30年之久。

席正甫在长达数十年的买办生涯中聚集了大量财产，除投资经营金融业外，还在浦东、南京路、凤阳路一带购置了众多的房产。当时上海钱庄为了获得流动资金，常常向外商银行借款，再用这部分钱放高利贷，贷给大大小小的商号以获取利润，由于席正甫掌管了汇丰银行借款的签字盖章权，成为当时银钱业炙手可热的大红人，几乎所有的钱庄都要求他加入股本，或聘用他介绍的人当助手。同时，席正甫广泛投资和银行业务有联系的钱业、银楼、典当、金号。

1887年，席正甫与严兰卿合资开设了协升钱庄，他还利用自己的社会关系，介绍亲友、熟人进入众多的外商银行，他的一些亲属还担任了洋行买办，致使席氏家族在19世纪末到20世纪初的上海滩成为风云一时的买办世家。当时外商在上海开设的大小银行34家，其中17家由席氏家族担任买办，占据了上海金融界的重要位置，这在近代中国独一无二。由此，洞庭东山人在上海金融业形成了一股强大的势力，各地商人资金短缺，非请洞庭山帮忙不可，因此19世纪末流传着这样一首口谚：“徽帮人（主要经商）再狠，见了山上帮，还得忍一忍。”1904年，席正甫

寿终正寝，祭奠之日，从外滩到凤阳路席家，沿途各个路口都搭了白布帐棚，中外商家及一些外国银行的门口，都设置了坛台路祭，公共租界巡捕还武装护送上祭队伍从南京路上通过，死后在上海滩上能够享受这种待遇的买办，也仅席正甫一人而已。

席正甫与盛宣怀关系密切。李鸿章曾为席正甫搞了一个二品顶戴。席正甫与胡雪岩关系也还可以，二人之前并无嫌隙，但是这一次胡雪岩要挑战洋行的在华利益，席正甫自然不能再袖手旁观。于是，正当胡雪岩与洋行在生丝大战中处于僵持不下的关键时刻，上海的银根一天天收紧，大批丝商斩仓出局，丝价直线下跌。9月初，上等生丝每包价格是427两，10月跌为385两，11月进一步下跌为375两。此时，上海各洋行完全停止收购新丝，胡雪岩的资金链终于濒于崩溃。

到11月9日，阜康钱庄在杭州和上海的分号遭到挤兑。胡雪岩欠汇丰的50万两白银债务到期也无法延展，胡雪岩只得以阜康钱庄仅存的家底还债。不堪重负的胡雪岩金融帝国终于在1883年12月1日轰然倒下了。生丝被怡和洋行抄了个大底。

胡雪岩的失败自然有其自身的原因，比如，刚愎自用，没有认真调研整个世界主要是欧洲的生丝市场情况，过于相信以往的生意伙伴，等，但最主要的一条就是，胡雪岩没有掌握金融高地，单靠囤积生丝试图在贸易上与洋行一较高下是徒劳的，一旦银根紧缩，他的资金链便会立即陷入崩溃的边缘。而外国资本则已经控制了中国的金融制高点，它们已经在中国构建起了相当于中央银行的金融系统，这样一来，它们就控制了整个清国的命运。导致这个结果的根本原因，是作为本国本位货币的白银被国外银行家所控制，一旦本位货币动摇，国家的金融系统必然瘫痪，最终的结果只能是任人宰割。而帝国主义要打击的正是中国的本位货币白银。这从上述的鸦片战争和清末历次中西冲突中已经可以看得很清楚。

4.第四次金融危机

尽管清帝国的金融早已不复独立，可是帝国主义银行家们仍不甘休，它们在20世纪初又再次在中国发动了针对中国的金融危机。

1903年，英国人麦边在上海成立兰格志公司，从事橡胶、石油、煤炭、木材等业务。1909年，世界橡胶价格暴涨，国外的橡胶开发企业和投资人赚到了大钱。上海的许多人也看好橡胶生意开始购买“橡皮股票”，于是麦边的兰格志公司和其他橡胶公司乘机哄抬股价。兰格志公司的股票价值一下子涨了十六七倍，远远超过其公司资产。兰格志公司骗到钱之后就卷款而逃，致使其股价一落千丈。而原来做股票抵押的外资银行，均纷纷中止了该项业务，并向股民追要贷款。此时已有很多钱庄接受了这种股票的抵押，贷款购股这段钱款也无法收回，又造成了大量钱庄倒闭，到1911年上海的钱庄由1909年的100家锐减到51家。

经过数次金融风暴，使得当时仍显稚嫩的中国民族工业、对外贸易、金融市场一片凋零，不要说普通的民族企业，就连实力最强的“富甲天下”的山西票号，最终也没有逃脱得了倒闭破产的命运。

针对当时金融市场的现状，1906年清政府颁布了《银行票号法》，意图建立有监管的金融市场。但是，当时无论是外国的银行还是中国的钱庄、票号，为了自己的利益，时常进行违规操作，此法实际上并未得到认真执行过。

清国，在其最后的70年里，虽然也很想紧跟世界发展的步伐，也开展过诸如洋务运动、修律等企图使清国早日完成从封建社会到资本主义社会的转变，但历史却没有给它足够的时间，帝国主义也不可能允许它在短时间内成为一个可以与它们抗衡的国家，因此才有了第二次鸦片战争、新疆分裂战争、中法战争、中日甲午战争、八国联军占领北京等接连不断的侵略和掠夺战争；外国银行家和资本家们更是把中国看成他们积累财富、掠夺资源的宝地，不可能希望它在一夜之间强大起来，因此，才有了数次金融风暴，即使在辛亥革命以后，西方世界仍然通过各种手段继续、甚至更加变本加厉地加紧了对中国的军事打击、政治欺凌和经济压榨，尤其是在看不见烟火的金融（货币）战场，采取了更加剧

烈的摧残手段。

（三）银本位彻底退出中国

1.美国通过《白银收购法案》

1929年美国股票市场崩盘，美国经济陷入了毁灭性的灾难之中，银行倒闭，工厂关张，农场破产，人民失业，无数流浪汉露宿街头。1933年3月4日，民主党人富兰克林·罗斯福就职美国总统。罗斯福就职之后的第一件事，就是治理美国的货币。在他当上总统的第二天，他就下令全国的银行停止营业，3月11日，又下令停止银行的黄金兑换业务。4月5日，又下令全国人民禁止囤积黄金和黄金券，禁止黄金出口，美国公民必须上缴他们所有的黄金，政府以20.67美元兑换一盎司的价格收购黄金。除了稀有金币和黄金首饰外，任何私藏黄金的人，将被重判10年监禁和25万美元的罚款。这个法令直到1947年才被废止。

1934年1月31日，美国通过了《黄金储备法》，授权总统对黄金提价，罗斯福把黄金价格固定为每盎司35美元，只有1933年前美元与黄金比价的59%。美元的贬值意味着提升了美国货物在国际市场中的竞争力，同时也意味着美国民众的财产缩水了一半，这也就意味着美国开始准备放弃金本位制，而重拾起了白银这个所谓的“通胀金属”。

罗斯福之所以拣起白银，是与美国进入20世纪以来对世界白银生产和冶炼技术的控制分不开的。到20世纪30年代，美国资本控制了世界白银生产的66%和白银冶炼的77%。因此，那些美国产银区的白银大亨们，一直主张白银政治，他们希望没够恢复银本位制，避免白银价格因产量越来越提高而越来越低，从而维护他们自身的利益。

1929年的经济危机，使得美国的银矿主们遭受到了巨大的损失，来自美国西部七个产银州（犹他、爱达荷、亚利桑那、蒙大拿、内华达、科罗拉多和墨西哥州）的议员们，联手向胡佛总统施压，连连提出实行

金银复本位制、财政部购银等建议。1932年大选中，他们成为了胡佛和罗斯福争相拉拢的对象。这些参议员给了罗斯福极大的支持，罗斯福许诺如果他当上总统，他将召开一次“国际白银会议”。同时，来自美国农业州的民主党议员也支持来自西部七个产银州的议员的关于财政部购银的主张，因为，提高了白银价格可以导致农产品价格上升。经过“白银集团”和来自农业州议员的不断游说，美国终于于1934年6月通过了《白银收购法案》，授权美国财政部在国内外市场收购白银，直到把白银价格提高到每盎司1.29美元，或者把白银占美国货币储备金的比重增加到1/4为止。

自此，罗斯福“弃金从银”，恢复了白银的货币地位，使得美元迅速贬值，既拉动了美国外贸出口，又缓解了国内的通货紧缩，美国的商品出口量，1934年比上年增加了7%，1935年又增加了5.3%。这时，他们又把眼光投向了当时仍然是世界上最重要的“白银仓库”——中国。

2.20世纪30年代中国的金融危机

辛亥革命之后，北洋政府开始着手统一中国的币制，并与1914年颁布了《国币条例》，决定实行银本位制，确定以银元为中华民国国币。根据这一条例，北洋政府先后于1914年12月和1915年2月，铸造了大量的袁世凯头像银币，俗称“袁大头”。这是中国历史上发行量最大、流通最广的银币。

民国元年（1912年），各地大清银行改制为中国银行。民国十三年（1924年）国民政府在广州设立了中央银行。1928年南京国民政府成立后，也曾试图向美国学习，实行金本位制，但由于缺乏足够的黄金准备金而作罢。因而，中国仍然实行银本位制。在民国时期全国各地发行过3000种以上的纸币，但在20世纪30年代以前，这些纸币都有白银做支撑。因而，在中国没有发生过严重的金融危机。

1929年世界经济危机爆发，西方国家几乎都陷入了经济萧条和通货

紧缩的局面，而中国，却凭着银本位制不但避免了大萧条恶劣的影响，还成为当时经济发展势头较好的国家。因为，国际白银大幅度贬值，这就意味着中国的银元相对于金本位制国家的货币，也贬值了许多，相当于中国的汇率降低了，这有利于中国的工业品的出口，也有利于本国商品的销售，因为，低银价使得中国人的购买力降低，人们买不起外国货，只能购买本国的商品，这从客观上促进了中国民族工业的发展。

这种现象自然引起了美国白银集团的关注，他们宣称：提高银价，就能提高中国的对外购买力，就给美国商品开辟了一个广阔的市场，有助于美国摆脱当时的经济危机。他们称提高银价能使中国人更有钱。但同时他们也承认，提高银价会打击中国的民族工业。但他们出于自身的利益仍然疾呼：白银持续低价正在增强东方的力量，将造成经济上的“黄祸”。他们把中国看做是世界市场上最具有破坏力的竞争者。

面对美国的这些举动，中国不是一点没有反应，在《白银收购法案》还在讨论中的时候，就引起了国民政府的警觉。

1931年美国提出要贷给中国价值2亿美元的美国白银的时候，时任财政部长的宋子文就劝蒋介石决绝这一提议。宋子文担心这是美国的一个陷阱。宋子文是较少地公开不满蒋介石屡次对苏区的军事行动的官员之一，他认为，这一次次的军事行动使得政府已经在上海的金融巨头们中间失去了信用，为此，二人不断发生争执，甚至发展到互相动手的境地。

1933年6月，60多个国家在伦敦举行世界经济峰会，其公开目的是希望美国恢复金本位制，以防止英、美等金融大国利用脱离金本位而将经济危机转嫁给其他国家。但这次会议的实质内容是为了白银。在会议上中国政府代表宋子文表示：中国政府希望稳定白银价格，它暗示：提高银价并不会减少中国出口。会议最后达成一个《国际白银协定》，它规定美国每年购银不得超过3500万盎司，而中国承诺，将不会出售1934至1937年销毁银元所得的白银。会议给了世界一个明示：美国准备购买白银了！于是，世界银价开始猛烈上涨。中国的银行家们也开始往国外

大量运送白银以赚取差价，国民政府为了制止白银外流，宣布白银禁运。银行家们为了攫取暴利视禁令如同虚设，继续大肆地走私白银。国民政府又对白银征收关税，可银行家们居然通过免税出口大量白银和黄金，以牟取暴利。

接替宋子文担任财政部长和中央银行总裁的孔祥熙则一改宋子文希望建立稳定的国家预算制度的主张，使得中国人对于美国的白银收购政策给予更加宽松和配合的态度。

美国的《白银收购法案》得到了中国民间人士的强烈不满，中国的“银行公会”致函罗斯福表示反对该法案。世界一些有识之士，也纷纷开始抨击这一法案，包括著名的英经济学家凯恩斯，它在写给美国众议院的信中说：人为抬高世界白银价格，事实上可能会紧缩中国的经济。但美国还是于1934年8月9日开始执行《白银收购法案》，下令白银国有化，并从世界市场购买白银。中国政府直接向罗斯福呼吁，希望美国能够在购买白银时事先通知中国，以便中国能够维护自己的利益。美国回避正面答复。中国政府只好采取一些措施试图加以补救，以减少中国的损失。

首先，中国政府向美国政府表示中国正在考虑逐步采取金本位制，希望美国用黄金来购买中国的白银。美国则回应道：金银互换不是政府间的事情，中国应在国际市场上进行这种买卖。

接着，国民政府又在1934年10月宣布征收10%白银出口税，并根据世界银价波动确定平衡税。

同时，根据中美间关于两国就白银收购问题的协议，1934年中国向美国财政部出售了1900万盎司白银，美国购买了这批白银后，暂存上海。

此后，中国政府又从伦敦购入了1700万盎司的白银，以维持国内白银保有量的平衡。

这些措施几乎没有起到效果，反而助长了更多的外国人参加到这场

白银投机的热潮中。世界银价从1934年初的美盎司0.35美元，涨到10月份的0.55美元，到1935年4月更涨到了0.81美元。其结果是中国白银大量外流，国内银行银根吃紧，市场萧条，商家纷纷倒闭。由于大量白银聚集上海，致使中国上海出现了“泡沫经济”。大量金融机构的资金投入了上海的房地产市场，上海的地价和房价被炒上了天：1927年上海公共租界内每亩地价估价18652两，1932年涨至26909两，1933年更涨至33877两。实际市场估价比这还要高出20%~25%。上海一跃成为全国房地产价格最高的城市。当时，广州、汉口平均地价的一半左右，天津只有上海的三分之一，而南京只有其六分之一。

在出现房地产泡沫的同时，又出现了“白银泡沫”。20世纪20年代上海有存银4000万两，1931年增加到2.66亿两，1934年初则增加到了6亿两。因而，在上海出现了30年代前所未有的繁荣景象。但在这种繁荣下面，则是中国内地依然贫穷，上海等大城市受益匪浅，整个国家的贫富差距在拉大。

正在这时，中国政府又做了一件大事：在中国正式废止银两。于是，在中国使用了几百年的银元宝、碎银子彻底退出了历史舞台。国民政府推行标准国币，其正面印有孙中山肖像，背面是一只帆船。废两改元，又使得大量旧纹银、碎银流入上海，以至于中国民众仍然只认银子，现大洋成为了流通货币，有些地方钞票并不能通用。

银价的上涨、旧纹银的涌入，美国人天天在那里提价收购白银，使得20世纪30年代的上海一时间的确成了十里洋场、冒险家的乐园。上海、甚至全中国的人都投身到这场热火朝天的白银转卖运动中。1934年10月中国开征白银出口税之后，通过走私白银牟取暴利，则成为了中国人乐于为之的行为。就连日本人都加入到这个行列中来了，他们在华北组织大规模武装走私白银。

美国不断地收购白银，到1934年，伦敦白银市场的价格已经涨到之前的2倍。银行家们立即认识到只要把白银从上海运至伦敦或者纽约出售，就可以赚到可观的利润。此时的上海存储着中国大部分的白银，各

地的地主、军阀和贪官污吏，都把他们的银子运到租界存放，当时的各大银行，每天晚上把库存的准备金运解给外国银行和中央银行国库。汇丰银行单在1934年8月21日这一天交英国邮船“拉普轮号”从上海装运出口的白银就达1150万元。

经过这样一场浩劫，上海的存银急剧下降，到1934年底，上海的6亿两存银，已经减为3.5亿两，这是中国自鸦片战争以来第二次白银外流。其结果是导致中国物价下降，信用降低，利率上升，造成了严重的通货紧缩。同时相伴的是大量企业倒闭，工人失业，贫富差距加大。1935年，仅上海就倒闭了1065家企业，当时中国的支柱型产业——纺纱业，开工量也减少了60%。正如美国人自己所说的，美国的收购白银计划快把中国人的血抽干了！

当然，这期间，国民政府为了镇压围剿苏区而用白银换取美国的军火的行为，也是造成中国严重通货紧缩的重要原因之一。

3.中国废除银本位制的过程

中国废除银本位实际上也是受到美国的胁迫和挤压的结果。

眼看中国金融陷入混乱，西方各国开始对中国这块肥肉“下药”了。美国欲把中国拉入美元集团，使中国货币与美元挂钩；日本则欲把中国纳入日元体系，以便控制中国的货币；英国则要在中国攫取更多的利益，以控制中国的金融政策和市场。各帝国主义便各显其能地在中国展开了史无前例的金融对决。

美国的收购白银法案使得世界金融更加混乱，各国间的货币战争趋于尖锐化，西方各国竞相降低币值、贬低汇价，致使中国的出口贸易饱受侵害，出口能力迅速下降，中国实际上已经处于货币改革的十字路口。改革货币必然面临是否坚持银本位制的问题；不改革，经过几年的美国白银收购行为和国内外白银投机的折腾，中国政府已经无法控制国际白银的供给和需求了，如果坚持银本位制，中国还会遭受更大的损

失。于是中国政府经过慎重考虑，不得不以改革货币制度来还击美国的《白银收购法案》，以求中国金融和经济的稳定。

废除银本位制后中国的货币制度向何处去？是实行金本位制，还是和其他国家的货币挂钩？起初，中国政府还是寄希望于美国。1935年初，中国秘密通知美国，计划放弃银本位制，采取金银合用的复本位制，并将这种新货币与美元挂钩，以稳定中国的汇率。而美国在是否援华的问题上存在争论，美国国务院希望财政部暂停购银，以缓和美中关系；而财政部则受白银集团的影响坚持购银政策。罗斯福则采取了“不合作”的消极态度，意在避免与日本发生冲突。于是，英国人便捷足先登了。他们于1935年6月派出“首席经济顾问”李滋罗斯赴华，以调查中国的经济状况为由对中国表示：只有中国货币与英镑挂钩，英国才可能对华提供贷款援助。美国终于坐不住了，他们首先暂停在伦敦市场收购白银，于是伦敦银价惨跌，中国的白银也就卖不出好价钱了。中国政府此时只好向美国低头，承诺新货币不予英镑挂钩。这时的中国政府在美元、英镑间摇摆不定。最后，在与李滋罗斯的几次磋商之后，国民政府终于实施了“法币改革”。1935年11月3日，国民政府颁布了《法币政策实施办法》，规定自1935年11月4日起，将中央、中国、交通三大银行所发行的钞票定为“法币”。同时，国民政府还下令，禁止银元的流通，将白银收为国有，仅此举就从民间获得了3亿多银元。此时，法币与英镑挂钩。1936年国民政府与美国谈判后，法币改为与英镑、美元同时挂钩，直到1942年7月，国民政府向美国政府借到5亿美元之后，法币才改为单独与美元挂钩，1美元等于20元法币。

至此，在中国延续了500年之久的银本位制寿终正寝，纸币从此成为了中国唯一的流通货币。

4.对中国废除银本位制的评价

由于中国1935年的“法币改革”是中国不得已而为之的举动，是在中国由原来的“白银帝国”转变为“白银乞国”之后的无奈之举。况且，法币

从一开始就是无根的，它没有贵金属作为储备，再加之连年的战事，国民政府不得不用仅存不多的硬通货（白银）去购买战争物资，这就更加加剧了中国的通货膨胀，终于导致了国民政府无法收拾的结局的发生。白银，作为被人类赋予了财富的意义的不会说话的金属，见证了中国500年的历程。它曾经在中国制造了一个又一个所谓的“盛世”，也目睹了中国由盛而衰的全部过程和中国人所经受的种种苦难。它汹涌而来，悄然而去，这对于中国是福是祸，还有待历史的考验和见证。

（四）金陵梦断

在法币改革之后，国民政府仍然无法禁止白银在民间的流通。抗战期间，为了应对日益增长的军费开支的需要，中央银行、中国银行、交通银行和农业银行不断增发法币，致使物价飞涨，币值一落千丈。到了1940年，中国的物价在几年间已经涨了100多倍，一只钢笔的市价为2万多元法币。物价的飞涨、币值的缩水，法币难以让老百姓接受，在民间，用现大洋交易的现象仍很普遍。

在实行法币改革以后，“四大家族”对中国财富、白银、黄金的掠夺也更加变本加厉。早在1943年，《亚洲华尔街日报》就估计宋子文的身家有7000万美元。他在通用汽车和杜邦公司都有投资，而仅靠它出任财政部长、央行总裁、中国银行董事长等国家公职的那点薪水，是不可能赚到这么多钱的。

从1942年4月起，国民政府拿出1亿美元做担保来发行国债，认购国债者以100元法币合5~6美元的折合率，用法币购买美元担保国债，从1944年起开始还本付息，分10年还清。这种债券可以自由买卖抵押，可以在公务上用作交纳保证金，还可以充作银行的准备金。这就是所谓的“美金公债”。1943年10月，央行还有5000万美元的美金公债没有销售出去，身为财政部长和央行总裁的孔祥熙却命令终止发售，由央行业务局收购，实际上业务局并没有全部收购，孔祥熙自己买下来1150万美元

的美金公债。孔祥熙是用1美元折合20元法币的官价收购的这批公债，而当月美金公债的均价是1美元折合约250元法币。仅这一单孔祥熙和他的党羽就贪墨了20亿元以上的法币。

到了1947年，国民政府的黄金、白银和外汇已经消耗殆空，法币的发行更是如脱缰野马，一发不可收拾。1848年8月19日，国民政府只得宣布法币退出流通，并实行新的货币——金圆券。为配合金圆券的发行，国民政府对物价、工资实行冻结，史称“八一九限价”。然而，老百姓根本不买金圆券的账，金圆券刚发行了一个月，上海就突然刮起了抢购风潮和抢米风潮，最后，强制执行了70天的限价政策，再也维持不下去了。11月1日，国民政府被迫宣布放弃限价，这样一来，通货膨胀就如决堤之洪水一发不可收拾，仅米价在半个月内就上涨了近100倍。到了1949年4月、5月，100元的金圆券仅能买一盒火柴，金圆券只能用来糊窗户了。金圆券的发行，导致了更大的经济混乱，使国民政府彻底失去了民心，从而导致了国民政府的全盘失败。

如果撇开政治、军事方面的因素，谈国民政府的失败，其中一个不被一般人所关注的关键性因素，就是持续10余年的恶性通货膨胀，加速了国民政府的最后坍塌。而仅仅要追寻导致恶性通货膨胀的根源，那就是美国1934年8月9日开始执行的《白银收购法案》。对此，美国著名经济学家米尔顿·佛里德曼曾这样评价国民政府的垮台，他说：

这一计划（白银收购法案）对蒋介石统治的中华民国来说，完全是一场灾难。正是凭借银本位制，中国才在很大程度上避免了前几年大萧条的恶劣影响。但是美国的白银政策在1934至1936年随着纷乱的经济条件，将一场严重的通货紧缩强加在了中国头上，因此而逐渐损害了民众对蒋介石的支持。更为重要的是，这一政策使中国失去了自己的货币储蓄，并迫使中国放弃了银本位，改成了不兑换纸币本位。……美国的白银政策加速了通货膨胀的爆发，增加了通货膨胀的强度，并促成了1948至1949年的恶性通货膨胀……二战之后，有许多历史的力量对国民党政府的垮台起了作用，但最直接的并使所有其他原因都显得无足轻重的，

毫无疑问就是通货膨胀。

货币发行是人类社会最重要的权力，也是最隐秘和最难驾驭的权力。货币驱动着经济的车轮，货币摆布着政治的天平，货币驾驭着战争的步伐。古往今来，只要谁发现了货币的秘密，谁就占据了制胜的先机。即所谓：只要掌握了货币的发行权，就不在乎谁制定法律。但是，货币的权力并不是无限的，当货币权力只考虑少数富人的利益，而忽略甚至蔑视和践踏大多数穷人的利益时，最终结果只能是他的政权连同他的货币一起被大多数人所抛弃！国民政府在中国大陆的失败已经雄辩地证实了这一点！

（五）日美广场协议——绞杀日本金融的阴谋

1.明治政府的金融创新

与中国一衣带水的日本，在19世纪60年代开始明治维新以前，与中国一样也是一个闭关自守的、以自给自足自然经济为特征的封建帝国。但在经过明治维新的洗礼之后，它开始了一个奋发振兴的历史发展时期。

日本在明治维新的最初的几年里，面临着严重的困难。但是，日本在明治维新时期就开始使用现代金融手段来应对自身的危机。从1868年开始，新政府在执政的头两年里，共发行了4800万日元的纸币，其中一半以上是维持政府的运转，1270万日元借给了支持新政府的诸侯们，余下的近1000万日元用于发展工业、商业和银行业。之后又增加了三种纸币，一种是内务部发行的价值750万日元的辅币来支持政府券，第二种是财政部发行的680万日元的财政部券，用以填补财政赤字，第三种是用于安置下岗武士阶层并帮助他们去北海道再就业的250万日元的“下岗安置券”。如此规模的印制纸币，必然导致恶性通货膨胀。面对此种形势，新政府采取了以增加财政收入为稳定经济的手段的做法。他们开始

了地租货币化的改革，以改历来各类税务都是以实物来缴纳，农民还要承担徭役的封建社会的陈腐做法，从而大大地增加了政府的稳定收入。

经济刚刚稳定下来，但如何解决200万诸侯和武士们的俸禄，则又成为了政府闹心的问题。经过反复酝酿，最后他们采用了所谓“金禄公债”的办法来解决这个问题。政府一次性地将各诸侯、武士的未来的俸禄买断，但并不是立即发给现金，而是支付金禄公债，具体做法是：俸禄高的一次性支付6~7年的总收入，利息为5%；俸禄低的，一次性支付10~20年的总收入，利息更高些。未来政府每年只要支付利息，这样一来，大大减轻了政府的负担。公债的本金自发授后第6年开始抽签偿还，30年内偿清。这样就把这200万人推向了市场，政府的大笔资金可以用来发展实业，用实业的投资回报来支付金禄公债的本息。自1876年8月政府开始发行金禄公债，其总额达1.74亿日元，当时日本货币流通的总量才1.12亿日元。为了稳住这些一夜暴富起来的诸侯们，政府修改了国家银行法，允许金禄公债作为银行资金入股，于是，拿到巨额债券的诸侯们立即把这笔债券入股商业银行，著名的第十五国立银行的股东几乎全是金禄公债的这些诸侯，这样他们就成功地将俸禄收入转化为了金融资本，而银行又将这些投入到当时国家急需的工业项目中，从而获得了巨大的回报，这些人一夜之间也成为了未来的新贵族。金禄公债发行后的三年内，日本国立银行数量猛增到153家。

正是由于日本新政府的一些列符合国情的财政、金融措施，新政府在初期实现工业化的过程中，并未大量引入外国资本和外债，其谜底就是日本在那时就已经发现了银行信用的秘密和作用。他们已经明白：在现代银行与信用货币机制下，法定货币永远不会稀缺，货币能够被自己的银行创造出来。因此，在发展自己工业的初期根本就不需要外国资本进入银行体系，日本所需要的用国际硬通货引进外国的技术设备和日本本国没有缺乏或者没有的资源。外国洋行的作用是帮助日本产品打开世界市场和购买日本所需要的东西。而国内贸易则由日本自己的公司操纵和经营，无需外国人插手。这样的做法，就使得日本完全控制了本国的金融体系，也就牢牢地掌握了国家的命运。这也就是使日本能够再短短

的几十年的时间里从一个濒临殖民地险境，而又本身极度缺乏工业资源的落后国家，一跃而成为一个现代工业强国的秘诀。还是那句话，谁控制了一国的金融体系，谁就控制了这个国家。清国屡次试图通过变革图新而改变本国命运的尝试的失败的根本原因，也就在于此。鸦片战争摧毁了清帝国本位货币的稳定；中央银行的缺位造成了货币的长期不统一；汇丰控制了中国的银根；洋买办控制着金融市场；巨额赔款和大借洋债，致使中国海关关税、盐税、厘税三大中央财政的主要收入被抵押给外国银行；中国的财政税收主权丧失殆尽，政府财源枯竭，加深了对洋债的依赖。一句话，中国的金融高边疆彻底沦丧，使得中国政治丧失独立，经济发展缺乏资金，终于沦落为任人宰割的半殖民地。

2.美国对日本的金融核弹攻击

甲午中日战争使得日本这个岛国一举实现了两百年的夙愿——打败中国，称霸亚洲。日俄战争又再一次将日本直接推进了世界强国之列。在经历了二战的失败后，日本这个号称太阳升起的国度，在短短二十几年的时间里再一次跻身于世界经济强国之列。到了20世纪70、80年代，日本已经成为了世界上排在前三位的经济强国之一，其经济国力曾一度让世界老大——美国感到了恐惧。

日本1988年度国民生产总值已达3652000亿日元，即超过2.8万亿美元，占世界总产值的12%，约为美国国民生产总值的60%，相当于联邦德国、英国和法国国民生产总值的总和，超过了苏联，成为世界第二经济大国。人均国民生产总值近3万美元，超过了美国。1990年国民生产总值为4172000亿日元，比上年增长了4.3%。日本国民经济研究协会预测，90年代日本年平均经济增长率可接近5%，经济会持续高速增长。

日本战后以模仿西方产品设计起家，然后迅速降低生产成本，最后反过来占领欧美市场。日本在20世纪60年代已经开始在汽车工业中大规模使用工业机器人，将人工失误率降到几乎为零。70年代的石油危机使得日本物美价廉的省油汽车把美国生产的8缸耗油汽车打得落花流水。

80年代以来，日本的电子工业从模仿到创新很快就掌握了除中央处理器之外的几乎所有集成电路和计算机芯片的制造技术，重创了美国的电子和计算机硬件行业，以至于美国制造的导弹必须使用日本芯片，美国的IBM和英特尔也似乎早晚要被日本的东芝、日立所收购，美国的产业工人甚至担心日本的机器人最终会抢走自己的饭碗。日本也举国沉浸在“日本可以说不”的自我陶醉之中。

正当此时，已经对日本的“猖獗”忍无可忍的美国，经过长期的策划，终于展开了一场对于日本经济的绞杀战。而这场绞杀战就是从日本的金融下手的。

1985年9月，美、英、日、德、法五国财长在美国纽约的广场宾馆签署了“广场协议”，目的是让美元对其他主要货币“有控制地”贬值。日本银行在美国财政部长贝克的高压下，被迫同意日元升值。在“广场协议”签订后的几个月内，日元对美元就由250日元兑换1美元，升值到149日元兑换1美元。

1987年10月，纽约股市崩盘，美国财政部长贝克向日本首相中曾根施加压力，让日本银行继续下调利率，使得美国股市看起来比日本股市更有吸引力，以吸引东京市场的资金流向美国。贝克用美日贸易赤字为借口向日本施压，他威胁说如果民主党上台，将在美日贸易赤字问题上严厉地对付日本，但他又说，下一届仍然是共和党继续执政，美国定会大大地促进美日亲善。在美国胡萝卜加大棒的忽悠下，日本低头了，很快日元利率跌到2.5%，日本银行系统开始出现流动性泛滥，大量廉价资本涌向股市和房地产，东京的股票年增长率高达40%，房地产超过了90%，一个巨大的金融泡沫在日本开始成型。

货币兑换发生的剧烈变化，将日本的出口生产商打得元气大伤。企业纷纷从银行低息借贷炒股票，到1988年，日本银行包揽了世界前十名规模最大的银行。此时，东京股市在三年之内涨了300%，东京一个地区的房地产总值超过了当时美国全国的房地产总值。日本的金融系统已经到了岌岌可危的地步。

恰在这关键时刻，蓄谋已久的针对日本的一场不宣而战的金融绞杀战已经悄悄地拉开了帷幕。这场绞杀战的得利工具，就是美国于20世纪80年代初研制出来的金融核弹——股票指数期货。它本来是一种用来进行证券交易的工具。所谓股票指数，就是一组上市公司的清单经过加权计算得出的数据，而股票指数期货就是这个清单上的股市是未来的股票的价格走势，买卖双方都不拥有，也不打算拥有这些股票本身，实际上就是一种做空的股市投机。它卖的是股票指数的信心，而对于买方来说，它的一个诱惑点就是，在买卖股票指数的信心时，不必再向交易商支付佣金。它玩的是对于上市公司的未来股价走势的一种赌博。但是，大规模做空股指期货必然导致股票市场的崩盘，美国1987年10月纽约股市的暴跌就是它惹的祸。现在美国又把它搬到了日本。

美国看中了在东京的股票市场上的一个非常重要的投资者——保险公司。美国的摩根史坦利和所罗门兄弟等一批投资银行拿着大量现金在日本四处寻找他们的目标。他们在日本股市里四处寻找可以购买的到的日本保险公司的所谓“股指认沽期权”，只看重眼前利益的日本保险公司很爽快地接受了美国投资银行所提供的最新的金融产品。日本保险公司想的是：日本股市不可能发生暴跌的情形，如果日经指数上扬美国人赔钱，日本人赚钱，如果日经指数下跌美国人赚钱，日本人赔钱。于是，在日本各保险公司愉快地与美国人成交了这样的金融衍生合同，日本股市呈现出一派前所未有的蓬勃发展的景象。1989年12月29日，日本股市达到了历史的巅峰，日经指数冲到了38915点，这时，大批的股指沽空期权开始在股市中发威。日经指数在不到半个月的时间里顿挫。1990年1月12日，美国交易所突然出现“日经指数认沽权证”这一全新的金融产品，高盛公司从日本保险业手中买到的股指期权被转卖给丹麦，丹麦再将其卖给权证的购买者，并承诺在日经指数走低时支付受益给“日经指数认沽权证”的拥有者。该权证立刻在美国热卖，大量美国投资银行纷纷效仿高盛的做法。由于“日经指数认沽权证”在世界上被大量销售，日本股市再也受不了这样的冲击，“日经指数认沽权证”上市热销不到一个月就全面崩溃了。股票市场的崩溃的后果很快波及到日本的银行业、保

险业、制造业，日本的企业再也不可能从股票市场上得到比美国竞争对手便宜的资金了。于是，从1990年起，日本经济陷入了长达近20年的衰退中，日本股市暴跌了70%，房地产连续14年下跌，其财富损失的比例几乎和第二次世界大战中战败的后果相当。直到今天，日本的经济也没有真正从20年前的金融风暴中缓过劲来。

就这样曾经是不可一世的日本经济，在国际银行家的金融核弹攻击下，落了个半身不遂的毛病。这就是货币金融的力量。战后的日本实际上已经失去了明治维新时期独立金融体制，它已经成为了国际银行家们任意宰割的羔羊。可见，独立的金融体系对于一个国家来说是多么得重要！

无独有偶，在日本遭受金融风暴的7年之后，同样是国际银行家们又制造了另一起亚洲金融风暴，把“亚洲四小龙”从高峰一下子打入到了谷底。

（六）1997年美国发动的又一场针对东方的金融战争

1.金融战争的起因

1997年发生的严重摧毁了亚洲多国金融体系的那场金融风暴的始作俑者，还是美国。在20世纪90年代的世界经济中最重大的发展看点，就是日本和德国试图在世界上形成三大货币区：一是东亚以日本为中心的日元区；二是欧陆以德国为中心的马克区；三是以北美为中心的美元区。如果按照这样的划分，美元将不再作为世界贸易的主要结算工具和储备工具，这将意味着美国巨大的外部债务和国际收支逆差，不再能以美元作为结算手段而支付。这样美国作为巨大的国际债务国，在国际金融中实际早已处于最大坏账、呆账（未清偿债务）的不良金融国家的地位，进而成为了世界上一个最大泡沫经济的寄生体。一旦美国不再作为掌有世界货币发行权的世界银行国家，其外强中干的金融地位即将现

形，这对于美国是个无法接受的噩梦，于是，从80年代末到90年代初展开的对日本经济的绞杀，以及90年代初开始的海湾战争，一直到1997年开始的那场金融危机，都是美国在全球所进行的一系列战略调整的步骤，都是为了阻止这三分天下的局面的发生。

2.金融战争的理论依据和工具

为了阻止货币区三分天下的局面的发生，美国一直在有效地利用他们发明出来的两种国际金融工具和一种意识形态工具，来制造国际金融动荡，维护美国的金融霸主地位。这两种工具就是：表现为对冲基金的庞大的跨国金融游资和国际货币基金组织。而其所运用的意识形态工具就是放任金融资本的全球自由化，不受任何政府力量控制的新自由主义经济意识形态。

新自由主义经济学是指当代西方经济理论中强调自由放任理论与政策的经济学体系和流派，产生于20世纪20—30年代，70年代末以来，它一直在西方经济学中占据主导地位，并且是全球绝大多数政党所采取的政治和经济趋向。无论是西方资本主义国家80年代的私有化浪潮、俄罗斯的“休克疗法”，还是拉美国家进行的以“华盛顿共识”为基础的经济改革，都是新自由主义经济学的“精典之作”。西方许多经济学流派都具有新自由主义的特点，比如货币学派、理性预期学派、供给学派、新制度学派等，是构成新自由主义经济学的重要经济学派。理论界关于新自由主义经济学具有以下共识，它是在继承资产阶级古典自由主义经济理论的基础上，以反对和抵制凯恩斯主义为主要特征，适应国家垄断资本主义向国际垄断资本主义转变要求的理论思潮、思想体系和政策主张。

在西方经济学中，古典自由主义反对微观层次和宏观层次的政府调控，主张自由竞争，自由经营、自由贸易，坚信自由竞争市场势力的自发作用能够保证经济生活的协调和稳定增长，国家只需充当为自由竞争市场经济创造良好外部条件的“守夜人”即可。认为“每一个人．在他不违反正义的法律时，都应听其完全自由，让他采取自己的方法，追求自

己的利益，以其劳动及资本与任何其他人或其他阶级相竞争，政府是个没有效率的管理人。”新自由主义继承了资产阶级古典自由主义经济理论，并走向极端，大力宣扬自由化、私有化、市场化和全球化。其基本特征是：

（1）私有化的所有制改革观，主张应迅速把公有资产低价卖（或送）给私人，认为私有制是人们“能够以个人的身份来决定我们要做的事情”。

（2）多要素创造价值的分配观，否定活劳动创造新价值和私有制具有经济剥削性质，认为贫富两极分化是高效率的前提和正常现象。

（3）反对任何形式的国家干预，把国家的作用仅限于“守夜人”，反对马克思主义和新老凯恩斯主义的国家干预政策。

（4）主张一切产业都无须保护，应实行外向型的出口导向战略。

新自由主义经济学引起世界广泛关注源于20世纪20—30年代的一场关于市场与政府计划的大论战，一方为奥地利经济学家米塞斯、哈耶克为首的新自由主义者；另一方为意大利经济学家巴罗纳、波兰经济学家兰格为代表的市场社会主义者，这场论战无果而终，却成为新自由主义开始登上历史舞台的一个里程碑。其后，新自由主义经济学经过近百年的发展，演绎出众多学派思想和理论体系。狭义新自由主义主要是指以哈耶克为代表的新自由主义；广义新自由主义，除了以哈耶克为代表的伦敦学派和新奥地利学派外，还包括以哈耶克、弗里德曼、斯蒂格勒、科斯等为主要成员的芝加哥学派、以弗里德曼为代表的货币主义、以卢卡斯、巴罗为代表的理性预期学派、以科斯为代表的新制度学派、以布坎南为代表的公共选择学派和以拉弗、费尔德斯坦为代表的供给学派等等，其中影响最大的是伦敦学派、货币主义和理性预期学派。

伦敦学派的主要代表人物是哈耶克，哈耶克是当代新自由主义最有代表性的思想家。他是一位出生于奥地利的著名的经济家、理论家。他的新自由主义理论观点是其他所有新自由主义者的主要思想来源。他长

期活跃于反凯恩斯主义、反国家干预的新自由主义中心：奥地利的维也纳大学、美国的芝加哥大学、英国的伦敦大学经济学院。他既是主张经济自由的伦敦学派的主要代表，又是芝加哥学派的核心成员，同时也是奥地利学派的骨干。他认为，自由是一个最高的政治目标，是追求文明社会的崇高目标和私人生活安全的保证。按照自由主义原则，应尽量运用自发力，而尽量少用强制力量处理事物。他强调，私有制是自由的最重要的保障，个人的“积极性”只有在私有制的基础上才能得到充分发挥。如果对私有财产进行限制和管理，用国家干预代替市场作用，其结果不仅是效率的损失、个人“积极性”的受挫、资源配置的失调，而且最后会走向“极权主义统治”，走向对个人的“奴役”。哈耶克把社会主义、垄断资本主义和法西斯主义都归结为极权主义，提出法西斯主义=垄断资本主义=社会主义。

货币主义是20世纪60年代初在美国兴起的一个资产阶级保守主义经济学派。该学派领袖人物弗里德曼维护资本主义自由市场经济，笃信最为理想的经济制度应遵循自由市场的古老法则，因而成为经济学中自由放任思想不遗余力的鼓吹者和捍卫者。他认为资本主义体系之所以不稳，是货币受到扰乱，所以货币最重要，货币是支配资本主义产量、就业和物价变量的惟一重要因素。除此之外，不需要政府干预私人经济，应让市场机制完全地充分地发挥作用，只要充分发挥市场机制的作用，资本主义体系本身是可以稳定的。

理性预期学派认为，人是理性的，总在追求个人利益的最大化。由于经济变量的未来情况事关自己的选择和利益，个人会调用自己的智力和资源，对它进行尽可能准确的推测。人们会充分利用一切可用的、可得的信息，按照自己的知识和经验，对经济变量的未来情况做出预期。由于理性预期的作用，市场机制能确保充分就业均衡，政府干预经济的政策要么归于无效，要么加剧经济波动，是不必要的，因此，得出了古典式的结论：国家不会比个人或企业做得更好，自由市场竞争机制仍然是经济发展的最好机制。这一学派的代表人物是芝加哥大学教授卢卡斯．他以经济人的理性行为和理性预期假设为前提和立论基础，用货币

周期模型论证和说明了经济波动的原因，并得出了凯恩斯主义政策无效、无需政府干预经济的结论，他强调经济政策的稳定性和连续性，从而在宏观经济学领域引发了一场“理性预期革命”。新自由主义经济学产生之初，遭遇1929—1933年席卷整个资本主义世界的经济大危机，此次危机彻底暴露了自由放任市场经济的弊端，它不仅是对古典自由主义经济理论的一次全面否定，而且实际上宣告了自由竞争资本主义时代的结束。于是，一种反映国家垄断资本主义要求的着重主张以扩大政府支出创造需求和通过政府干预推动经济增长的凯恩斯主义便应运而生。“罗斯福新政”则以政策实践的形式表明了凯恩斯主义的有效性，并使凯恩斯主义上升为资本主义世界的主流经济学，主导国家垄断资本主义的宏观经济运行长达40年之久。这40年既是国家干预主义盛行和国家垄断资本主义取得成功的“凯恩斯时代”，同时又是新自由主义受到冷落的时期。

以20世纪70年代初期爆发的两次石油危机为导火线，导致整个资本主义世界陷入了“滞胀”的困境，凯恩斯主义政策束手无策。新自由主义者将其归结为国家干预过度、政府开支过大、人们的理性预期导致政府政策失灵所致。也正是在这种情况下，多年受冷落的新自由主义适应这一需要，伴随美国总统里根和英国首相撒切尔夫人的上台，在否定凯恩斯主义的声浪中，占据了美、英等国主流经济学地位。新自由主义的重要特征是把反对国家干预上升到了一个新的系统化和理论化高度，是对凯恩斯革命的反革命，也正是在这个意义上，西方学者又称新自由主义为新保守主义。

同时，20世纪七八十年代以来，在早期结构主义发展经济学理论影响下，依靠计划化、国有化来加速资本积累和工业化，实行进口替代战略的大多数发展中国家和社会主义国家，在经济运行过程中间出现了各种各样的问题和矛盾，经济发展裹足不前。与此形成鲜明对比的是开放程度较高、注意发挥市场作用、实行出口导向战略的发展中国家（例如东南亚地区），在经济上取得了较大的突破。这种情况也使得自由主义经济思想在发展中国家影响日益增强，拉美国家的经济改革更进一步巩

固了新自由主义经济思潮在西方经济理论中的主流地位。

进入20世纪90年代之后，国际政治经济形势发生了重大变化，苏联东欧社会主义国家解体、世界经济的全球化、东亚经济经过几十年的努力，取得了经济的飞速成长。这些都使得西方新自由主义经济思潮受到极大的鼓舞，并逐步巩固了它在西方经济理论中的统治地位。自此，新自由主义开始由理论、学术而政治化、国家意识形态化、范式化，成为美英国际垄断资本推行全球一体化理论体系的重要组成部分。其标志性事件是1990年由美国国际经济研究所牵头，有国际货币基金组织、世界银行和美国财政部及拉美国家、其他地区部分学术机构代表参加，并最终达成包括十项政策工具的“华盛顿共识”，新自由主义的华盛顿共识指的是以市场经济为导向的一系列理论，它们由美国政府及其控制的国际经济组织所制定，并由它们通过各种方式进行实施。其基本原则简单地说就是：贸易经济自由化、市场定价、消除通货膨胀和私有化。

美国正是借用了新自由主义理论中的贸易经济自由化、市场定价、消除通货膨胀和私有化等这些基本理论，使得亚洲国家丧失了国家对于金融和经济的合理干预和调节功能，从而引发了一场其作用不亚于一次世界大战的全面危机。不过这场战争的手段不是飞机大炮，而是金融手段——各国的货币储备、金融衍生工具和金融信息。

所谓对冲基金，也称避险基金或套利基金，是指由金融期货和金融期权等金融衍生工具与金融组织结合后以高风险投机为手段并以盈利为目的的金融基金。它是投资基金的一种形式，属于免责市场产品。意为“风险对冲过的基金”，对冲基金名为基金，实际与互惠基金安全、收益、增值的投资理念有本质区别。

对冲基金采用各种交易手段（如卖空、杠杆操作、程序交易、互换交易、套利交易、衍生品种等）进行对冲、换位、套头、套期来赚取巨额利润。这些概念已经超出了传统的防止风险、保障收益操作范畴。加之发起和设立对冲基金的法律门槛远低于互惠基金，使之风险进一步加大。为了保护投资者，北美的证券管理机构将其列入高风险投资品种行

列，严格限制普通投资者介入，如规定每个对冲基金的投资者应少于100人，最低投资额为100万美元等。

举个例子，在一个最基本的对冲操作中，基金管理人在购入一种股票后，同时购入这种股票的一定价位和时效的看跌期权。看跌期权的效用在于当股票价位跌破期权限定的价格时，卖方期权的持有者可将手中持有的股票以期权限定的价格卖出，从而使股票跌价的风险得到对冲。

又譬如，在另一类对冲操作中，基金管理人首先选定某类行情看涨的行业，买进该行业中看好的几只优质股，同时以一定比率卖出该行业中较差的几只劣质股。如此组合的结果是，如该行业预期表现良好，优质股涨幅必超过其他同行业的劣质股，买入优质股的收益将大于卖空劣质股而产生的损失；如果预期错误，此行业股票不涨反跌，那么劣质股跌幅必大于优质股，则卖空盘口所获利润必高于买入优质股下跌造成的损失。正因为如此的操作手段，早期的对冲基金可以说是一种基于避险保值的保守投资策略的基金管理形式。

经过几十年的演变，对冲基金已成为一种新的投资模式的代名词，即基于最新的投资理论和极其复杂的金融市场操作技巧，充分利用各种金融衍生产品的杠杆效用，承担高风险，追求高收益的投资模式。

1997年的金融危机中最为典型的对冲基金的案例就是量子基金大量卖空泰铢案例。1997年7月，量子基金大量卖空泰铢，迫使泰国放弃维持已久的与美元挂钩的固定汇率而实行自由浮动，从而引发了一场泰国金融市场前所未有的危机。之后危机很快波及到所有东南亚实行货币自由兑换的国家和地区，港元便成为亚洲最贵的货币。其后量子基金和老虎基金试图狙击港元，但香港金融管理局拥有大量外汇储备，加上当局大幅调高息率，使对冲基金的计划没有成功，但高息却使香港恒生指数急跌四成，对冲基金意识到同时卖空港元和港股期货，使息率急升，拖跨港股，就“必定”可以获利。1998年8月索罗斯联手多家巨型国际金融机构冲击香港汇市、股市和期市。然而，香港政府却在1998年8月入市干预，令对冲基金同时在外汇市场和港股期货市场损失，以惨败告终。

所以，在毫无准备和无大量资金入市干预的情况下，对于对冲基金的猛烈冲击，一般是无法预防和应对的，而只有随时提高警惕，构建起有效的金融高边疆体系，才能有效地抵御对冲基金的攻击。

3.金融战争的大致经过

1997年6月，一场金融危机在亚洲爆发，这场危机的发展过程十分复杂。到1998年年底，大体上可以分为三个阶段：1997年6月至12月；1998年1月至1998年7月；1998年7月到年底。

第一阶段：1997年7月2日，泰国宣布放弃固定汇率制，实行浮动汇率制，引发了一场遍及东南亚的金融风暴。当天，泰铢兑换美元的汇率下降了17%，外汇及其他金融市场一片混乱。在泰铢波动的影响下，菲律宾比索、印度尼西亚盾、马来西亚林吉特相继成为国际炒家的攻击对象。8月，马来西亚放弃保卫林吉特的努力。一向坚挺的新加坡元也受到冲击。印尼虽是受“传染”最晚的国家，但受到的冲击最为严重。10月下旬，国际炒家移师国际金融中心香港，矛头直指香港联系汇率制。台湾当局突然弃守新台币汇率，一天贬值3.46%，加大了对港币和香港股市的压力。10月23日，香港恒生指数大跌1 211.47点；28日，下跌1 621.80点，跌破9 000点大关。面对国际金融炒家的猛烈进攻，香港特区政府重申不会改变现行汇率制度，恒生指数上扬，再上万点大关。接着，11月中旬，东亚的韩国也爆发金融风暴，17日，韩元对美元的汇率跌至创纪录的1 008∶1。21日，韩国政府不得不向国际货币基金组织求援，暂时控制了危机。但到了12月13日，韩元对美元的汇率又降至1 737.60∶1。韩元危机也冲击了在韩国有大量投资的日本金融业。1997年下半年日本的一系列银行和证券公司相继破产。于是，东南亚金融风暴演变为亚洲金融危机。

第二阶段：1998年初，印尼金融风暴再起，面对有史以来最严重的经济衰退，国际货币基金组织为印尼开出的药方未能取得预期效果。2月11日，印尼政府宣布将实行印尼盾与美元保持固定汇率的联系汇率

制，以稳定印尼盾。此举遭到国际货币基金组织及美国、西欧的一致反对。国际货币基金组织扬言将撤回对印尼的援助。印尼陷入政治经济大危机。2月16日，印尼盾同美元比价跌破10 000∶1。受其影响，东南亚汇市再起波澜，新元、马币、泰铢、菲律宾比索等纷纷下跌。直到4月8日印尼同国际货币基金组织就一份新的经济改革方案达成协议，东南亚汇市才暂告平静。1997年爆发的东南亚金融危机使得与之关系密切的日本经济陷入困境。日元汇率从1997年6月底的115日元兑1美元跌至1998年4月初的133日元兑1美元；5、6月间，日元汇率一路下跌，一度接近150日元兑1美元的关口。随着日元的大幅贬值，国际金融形势更加不明朗，亚洲金融危机继续深化。

第三阶段：1998年8月初，乘美国股市动荡、日元汇率持续下跌之际，国际炒家对香港发动新一轮进攻。恒生指数一直跌至6600多点。香港特区政府予以回击，金融管理局动用外汇基金进入股市和期货市场，吸纳国际炒家抛售的港币，将汇市稳定在7.75港元兑换1美元的水平上。经过近一个月的苦斗，使国际炒家损失惨重，无法再次实现把香港作为“超级提款机”的企图。国际炒家在香港失利的同时，在俄罗斯更遭惨败。俄罗斯中央银行8月17日宣布年内将卢布兑换美元汇率的浮动幅度扩大到6.0～9.5∶1，并推迟偿还外债及暂停国债券交易。9月2日，卢布贬值70%。这都使俄罗斯股市、汇市急剧下跌，引发金融危机乃至经济、政治危机。俄罗斯政策的突变，使得在俄罗斯股市投下巨额资金的国际炒家大伤元气，并带动了美欧国家股市的汇市的全面剧烈波动。如果说在此之前亚洲金融危机还是区域性的，那么，俄罗斯金融危机的爆发，则说明亚洲金融危机已经超出了区域性范围，具有了全球性的意义。到1998年底，俄罗斯经济仍没有摆脱困境。1999年，金融危机结束。1997年金融危机的爆发，有多方面的原因，我国学者一般认为可以分为直接触发因素、内在基础因素和世界经济因素等几个方面。

直接触发因素包括：

（1）国际金融市场上游资的冲击。目前在全球范围内大约有7万亿

美元的流动国际资本。国际炒家一旦发现在哪个国家或地区有利可图，马上会通过炒作冲击该国或地区的货币，以在短期内获取暴利。

（2）亚洲一些国家的外汇政策不当。它们为了吸引外资，一方面保持固定汇率，一方面又扩大金融自由化，给国际炒家提供了可乘之机。如泰国就在本国金融体系没有理顺之前，于1992年取消了对资本市场的管制，使短期资金的流动畅通无阻，为外国炒家炒作泰铢提供了条件。

（3）为了维持固定汇率制，这些国家长期动用外汇储备来弥补逆差，导致外债的增加。

（4）这些国家的外债结构不合理。在中期、短期债务较多的情况下，一旦外资流出超过外资流入，而本国的外汇储备又不足以弥补其不足，这个国家的货币贬值便是不可避免的了。

内在基础性因素包括：

（1）透支性经济高增长和不良资产的膨胀。保持较高的经济增长速度，是发展中国家的共同愿望。当高速增长的条件变得不够充足时，为了继续保持速度，这些国家转向靠借外债来维护经济增长。但由于经济发展的不顺利，到20世纪90年代中期，亚洲有些国家已不具备还债能力。在东南亚国家，房地产吹起的泡沫换来的只是银行贷款的坏账和呆账；至于韩国，由于大企业从银行获得资金过于容易，造成一旦企业状况不佳，不良资产立即膨胀的状况。不良资产的大量存在，又反过来影响了投资者的信心。

（2）市场体制发育不成熟。一是政府在资源配置上干预过度，特别是干预金融系统的贷款投向和项目；另一个是金融体制特别是监管体制不完善。

（3）“出口替代”型模式的缺陷。“出口替代”型模式是亚洲不少国家经济成功的重要原因。但这种模式也存在着三方面的不足：一是当经济发展到一定的阶段，生产成本会提高，出口会受到抑制，引起这些国

家国际收支的不平衡；二是当这一出口导向战略成为众多国家的发展战略时，会形成它们之间的相互挤压；三是产品的阶梯性进步是继续实行出口替代的必备条件，仅靠资源的廉价优势是无法保持竞争力的。亚洲这些国家在实现了高速增长之后，没有解决上述问题。

世界经济因素主要包括：

（1）经济全球化带来的负面影响。经济全球化是世界各地的经济联系越来越密切，但由此而来的负面影响也不可忽视，如民族国家间利益冲撞加剧，资本流动能力增强，防范危机的难度加大等。

（2）不合理的国际分工、贸易和货币体制，对第三世界国家不利。在生产领域，仍然是发达国家生产高技术产品和高新技术本身，产品的技术含量逐级向欠发达、不发达国家下降，最不发达国家只能做装配工作和生产初级产品。在交换领域，发达国家能用低价购买初级产品和垄断高价推销自己的产品。在国际金融和货币领域，整个全球金融体系和制度也有利于金融大国。

发生在1997年到1998年的亚洲金融危机，是继三十年代世界经济大危机之后，对世界经济有深远影响的又一重大事件。这次金融危机反映了世界和各国的金融体系存在着严重缺陷，包括许多被人们认为是经过历史发展选择的比较成熟的金融体制和经济运行方式，在这次金融危机中都暴露出许许多多的问题，需要进行反思。这次金融危机给我们提出了许多新的课题，提出了要建立新的金融法则和组织形式的问题，其中心问题是如何解脱本世纪初货币制度改革以后在不兑现的纸币本位制条件下各国形成的货币供应体制和企业之间在新形势下形成的债务衍生机制带来的几个世纪性的经济难题，包括：

（1）企业债务重负，银行坏账丛生，金融和债务危机频繁；

（2）社会货币供应过多，银行业务过重，宏观调控难度加大；

（3）政府税收困难，财政危机与金融危机相拌；

（4）通货膨胀缠绕着社会经济，泡沫经济时有发生，经济波动频

繁，经济增长经常受阻；

（5）企业资金不足带来经营困难，提高了破产和倒闭率，企业兼并活动频繁，降低了企业的稳定性，增加了失业，不利于经济增长和社会的稳定。

（6）不平等的国际货币关系给世界大多数国家带来重负并造成许许多多国际经济问题。以上问题最深层的原因，是货币制度的不完善和在社会化大生产条件下企业之间交易活动产生的新机制未被人们充分认识。

因此，应当建立一种权威性的企业交易结算的中介系统——国家企业交易中介结算系统，解脱企业之间的债务链，消除企业和银行坏账产生的基础，以避免债务和金融危机的发生，并减少通货膨胀和泡沫经济的危害，促进经济的稳定增长。在这个创新过程中，还会产生国家税收和财政支出方式的创新，减少财政赤字的发生。同时，还会产生企业制度的创新，减少企业的破产倒闭和兼并现象，增强企业的稳定性。并且，还将对国际结算方式进行创新，对国际货币的使用进行改革。这个过程不是一个简单的经济问题的治理，而是对纸币制度所存在的严重缺陷的修正，是对货币供应和流通体制的创新，是金融体制的重大变革，并且，这种变革带来经济运行机制的诸多方面的调整。

4.美国的目的和战略意图

美国发动的这场金融战争，从战略上有两大目的：第一，通过摧毁东南亚区域经济，打击日本金融资本，迫使其收缩经济规模，从而遏止住日本在80—90年代构筑以日元为中心的东亚货币战略努力；第二，从亚洲获取巨额利润后调集资金力量进取俄罗斯及欧洲市场，通过俄罗斯和欧洲股市大幅震荡，陷德国马克于虚弱地位，进而阻遏破坏欧元在1999年实施。经过这次金融战争，美国的第一个目标基本上已经达到。而第二个目标基本没有达到，1999年1月1日起在奥地利、比利时、法

国、德国、芬兰、荷兰、卢森堡、爱尔兰、意大利、葡萄牙和西班牙11个国家（欧元区国家）正式使用欧元，并于2002年1月1日取代上述11国原有的货币。但是，美国与欧洲两大金融力量的角逐仍在剧烈的进行中。

结论

在对这篇讲稿进行修订之时，又传来了所谓欧洲债务危机和美国华尔街自9月17日以来被抗议者“占领”的消息，以及美国国会拟作出针对中国汇率问题的决议、美国向台湾出售军火等信息。我预感到美国可能又要作出什么异乎寻常的举动了。这次这些事件可能与奥巴马明年的连任有关，美国奥巴马政府要作出一些姿态来给选民看。我认为，美国这次华尔街危机的根本原因还是在于2008年以来美国出台的一系列应对危机的措施引起了一些美国的民众的不满，比如，现已有401000名大学生失业，很多以借贷维持房屋使用权和所有权的家庭债务负担在相应地持续上升，很多渴望获得工作的人的愿望得不到满足，民众已经开始意识到国际银行家们对于金融的垄断和通过各种金融衍生工具从普通民众手中猎取超额利润的事实，而美国政府却对此并没有采取有效的措施，反而使得这种贫富差距越来越大。因此，我认为，美国政府既要让国际金融大亨满意，又要让国内民众满意，唯一的办法就是像我上述的历次危机一样，把自己的危机转嫁给其他国家和地区。他们不是说由于中国的汇率不调整才导致了美国国内的危机吗？因而，提高警惕，在时刻把握他们的动态的同时，提出我们的应对之策，是我们目前一个艰巨的任务。

这里也引申出一个新的问题——金融高边疆问题。

这是金融史专家宋鸿兵先生提出的一个观点。

“高边疆”理论是美国陆军中将格雷厄姆于20世纪80年代初提出的国家安全新思维。他继马汉的“海权论”和杜黑的“空权论”之后，提出太空

也是主权国家必须捍卫的“高边疆”，并由此形成了美国的“星球大战”计划的理论基础。在当代越来越激烈的国际间的经济金融竞争的过程中，金融越来越成为一个主权国家必须要保卫的“第四维边疆”。意即未来主权国家边疆的概念，不仅仅包括陆疆、海疆、空疆（包括太空）所构成的三维物理空间，未来还包括新的一维——金融。宋鸿兵称之为“金融高边疆”。

金融高边疆的体系架构主要包括：货币本位、中央银行、金融网络、交易市场、金融机构与清算中心。建立这一体系的主要目的就是——确保货币对资源调动的效率和安全。具体包括：从中央银行创造货币的源头，直至最终接受货币的客户终端；从货币流动的网络，到资金汇划的清算中心；从金融票据的交易市场，到信用评估的评级系统；从金融法律制度监管，到金融基础设施建设；从金融机构，到高效的行业协会；从金融产品到投资工具，金融高边疆保护着货币从中央银行创造货币的源头，到金融和经济系统的每一个细胞，并最终回流到中央银行的整个循环系统。这个确保货币对资源调动的效率和安全的整套体系，是每个主权国家必须建立起来的，否则，国家的金融系统随时都可能遭受到恶意的攻击，最终导致整个国家金融系统的瘫痪，甚至崩溃。那样的恶果，要比传统的军事侵略可怕和危险得多。必须引起我们高度的关注。

这就给我们提供了在实施人民币国际化的系统工程中对一些应当注意的问题的思考。人民币国际化不仅仅是将人民币放出去进行体外循环这样简单的事情，其必须要有一套与此工程相配合的完善的体系，才能使其达到我们预想的效果。这个体系包括：人民币的自由兑换、放开资本项目管理、跨境贸易的人民币结算、货币以及人民币离岸中心的建设，等等。在将来人民币真正走出国门并开始了国际化的旅程后，在世界上只要有人民币的地方，就有这个的国家利益之所在。因此，有效地监控人民币在海外流通情况和适用范围，将是一个十分严峻的课题，有待我们认真地研究和实践。这是构建我国金融高边疆的一个十分关键的问题。

货币冲突——金融战争，乃人类下一次战争的主要表现形式。这些问题也应是我们法学界认真研究和对待的问题。法学一定要赶上时代的发展潮流，要为时代服务，要成为时代的先头尖兵，否则法学就不会有更为广阔的拓展空间！

（此文为2011年9月在中国人民大学国际学院、天津财经大学和北方工业大学所作的学术报告的演讲稿，后经整理载于《西山经济法治论坛辑录》第一期，中国法制出版社2012年4月版。）

商人精神是商法的生命力所在
——访华中师范大学商法研究中心副主任苗延波教授

12月6日上午，华中师范大学商法研究中心揭牌成立。苗延波教授在会上呼吁，中国商法的创制今后必须重视和培育商人精神，商人精神是商法的生命力所在。

记者：苗教授，你如此厚重商人精神的理由是什么？这看来似乎有点类似于韦伯所谓的新教伦理孕育了资本主义的思想。

苗延波：商法的源头可追溯到早于资本主义的古罗马，但商法的真正发展和成熟却的确是在资本主义内完成的。今天，我们研究和建构商法的地位、价值、目标，不能不首先对商人和商人精神作番去意识形态的分析。这是一种历史的分析，也是一种实事求是的科学分析。而作为这种分析的结果，恰恰支撑了我的上述观点。

记者：商人和商人精神是否就是你解剖商法的两个细胞，或者说，商人和商人精神就是注定商法一切发展变化的两个基因？

苗延波：在我的研究中，商人和商人精神确实具有如此重要的地位，这可能是许多学者不曾注意，甚至是淡忘的地方。或许，因为商人、商人精神和资本主义有着水乳交融的关系，在意识形态的影响下，与资本主义一起作为一盘脏水给倒掉了。但正是这种研究起点上的差异，使得我的研究结论与众不同。

记者：我很赞同你的研究路径。如果淡化意识形态，或者把资本主义视为能够在一个较短时间内创造巨大社会财富的机制，那么，商人和商人精神的历史地位和作用可能需要一个新的评价。这一点，对于我们研究商法如何为今天的经济发展服务，意义重大。你如何理解商人？苗延波：一般来说，商人就是通过买卖差价获取利润的人。但是，这样一个定义无法让今天的人们发现商人极其丰富的历史内涵。所以，我们必须回到西方历史的隧道中去考察。我们知道，随着古希腊城邦的衰落和消亡，希腊人特有的城邦整体主义观念也随之而去。在罗马人及后来的中世纪人那里，人们不再视政治生活为人生价值实现的惟一场所，他们转而追求私人生活的富足和安全。随着罗马对外扩张的进行，罗马商业在整个地中海地区达到了空前的繁华，出现了"商品生产者社会第一个世界性法律"的罗马私法。但是，随着后来罗马帝国崩溃和蛮族入侵，西方经济出现了巨大倒退，进入到黑暗而漫长的中世纪。中世纪是一个"弱政治"社会，作为最高政治权力的封建王权对社会的控制功能几乎丧失，由此产生了在罗马废墟上的自治城市。按照西方经济史学界的权威认识，"新城市中心的兴起和成长代表西方历史上的一个革命的转折点——它给了西方历史独一无二的和奇特的特性。一切后来的发展，包括工业革命和它的产物，其根源都可以追溯到中世纪时代的城市发展。"可以说，欧洲中世纪城市的特性就是追求自由、财富和冒险。而建立这种城市的人，恰恰是商人和来自农村庄园的手工业者（其实也是商人）。

记者：确实，西方的文明史无异于是一部城市史。不了解西方城市的缘起，就无法了解西方的政治、经济和法律等制度。是否可以进一步说，不了解西方商人的缘起，就无法了解西方的城市和商法？

苗延波：我认为是这样的。商人最初是一些为了逐利而冒着生命危险，穿越莽莽丛林和茫茫戈壁的人，他们带着货物或徒步或骑马四处奔波，一路兜售。当时，他们被戏称为"泥腿子"，是嘲笑、侮辱甚至仇恨的对象，但是，他们具有自由、敢于冒险和人人可以凭借自己的努力获得财富和地位的精神与信念。后来，这些商人在水陆交通便利的那些被

废弃的罗马城堡下或旁边定居下来，开始建筑土墙、篱笆，设置永久性的自由贸易据点。就这样，城市开始了。同时，在“城市的空气使人自由”（即在城市居住满一百天的可以获得自由民身份）的影响下，一些不堪压迫的农奴，以及通过赎金或货币地租换取自由身份的庄园手工业者，纷纷涌入城市，城市得到了进一步的壮大。在11世纪末到12、13世纪的西欧，出现了许多这样的城市，如多瑙河上游和莱茵河流域的威尼斯、热那亚、比萨、米兰和汉萨等。这些城市的一个共同特征是自治，它们制定了自己的商事法律，组成了商人法庭，自由自主地决定着城市的一切事务。由商人到城市再到包括法律在内的整个西方文明，应该是没有人能够否认的一种研究路径。

记者：如果说商人是追求自由，敢于冒险，向往人人可以凭借自身努力获得财富和地位的人，那么，商人的这些品格是否就是你所说的商人精神？

苗延波：是的。商人精神就是一种自由、冒险和创新的精神。这种精神与你所说的韦伯的资本主义精神有相似的地方，但不等同。实际上，不管如何评价商人精神，这种精神对于一个国家和民族的经济发展是至关重要的。正如韦伯之后西方另一个著名学者熊彼特所言，经济增长的动力在于企业家精神。没有企业家精神，就没有经济创新，没有经济创新，就没有国民财富的增长。这种企业家精神，可以说就是商人精神的时代翻版。

记者：现在国内学者反对商法独立于民法之外的一个理由，是原来作为一个特定阶层的商人现已不存在，因此作为商人身份法的商法也丧失了独立的价值和功能。如公民的经济、社会与文化权利国际公约规定，人人都有从事工商业的自由。你如何看待这样的认识？

苗延波：商人作为一个特定阶层现在是不存在了，但是，商人的湮没并不意味着商人精神不再重要，商人精神从此要销声匿迹。相反，现代商法照样要体现和弘扬商人精神。为什么这样说呢？因为无论是在前资本主义的中世纪乃至古罗马，还是在世界经济一体化的今天，经济和

市场永远充满不确定性和风险，因为人的理性总是有限的，而信息也总是不完全的。从这个意义上说，在发展经济，创造财富的语境下，人类从古至今一直面临着同样的困难。克服这种困难，过去，现在和未来同样需要商人精神。

记者：商人精神既然如此重要，我们的商事立法是否及在何种程度上体现了这一精神？

苗延波：实际上，凡是调整商事关系的商事法律法规，无不体现了商人精神。不体现商人精神的商法是不存在的——这就是商人精神作为商法的基因的意义所在。但是，目前商人精神的这种地位和意义还没有在我国商法中得到应有的体现，还缺乏用商人精神来审视商事立法的勇气和力量。现在商事立法关于商人精神的体现大都是“鼓励交易”，仅此而已，未能深入到商人精神对于财富生产、经济创新和人性释放的意义领域。如果中国的商事立法不能立足中国本土，体现和呵护这种商法精神，中国的商法就不能产生任何创造性成果。这就是我呼吁未来中国商法的创制需要重视和培育商人精神，商人精神是商法的生命力的意义所在。如果将来有可能出台一部《商法通则》的话，在这部起着商法总则作用的立法中，就应当包含或者体现出来诸如商法调整对象、商法基本原则、商事主体的范畴、商人的基本精神、商行为的范畴、商事责任等内容，以完善和健全具有我国特色的商法体系。

（原载于2008年12月18日《检察日报》第3版 记者 曾献文）

法学期刊：引领法学研究的航标灯

当今社会，大众的思想、行为、观念、衣食住行等哥哥方面，往往受到媒体极大的影响，当代媒体不仅是大众获取各类信息的重要来源，更是引导大众生活和工作的指南。法学期刊是作为展示、传播法学研究成果的重要载体，和法治发展的平台，自然具有传媒的性质和作用。作为展现法学研究成果的重要载体和媒介的法学期刊，其所反映的观点、思想，理所当然地应当成为法学界和法律界的指南和方向，法学研究工作者和法律工作者通过学习和研读法学期刊，既可以从中了解法学界和法律界目前的最新动态和研究成果，也可以从中寻找到自己研究的课题和未来一段时期内的重点。反之，如果法学刊物不能反映目前学术界和实务界最需要关注的内容和话题，其就会丧失生命力，读者数量就会急剧下降。当然，目前盛行的各类评价体系和标准，已经促使法学期刊把提高和保持自己的学术追求放到一个极其重要的位置，这在客观上提高了学术水准，读者从中所获到的信息和学术给养也越来越多。因此，法学期刊引领法学已经，既是法学期刊本身的要求，也是读者和时代的要求。

法学期刊和法学研究的关系，是一个需要研究的问题。法学期刊作为普及法律知识、传承人类法律文明和法学研究成果的传播媒体与展示平台，是法学学术界、法律界相互沟通，以及它们向社会展现研究成果，联接政府和法学界、法律界的重要的桥梁。学界的声音需要通过法学期刊传播，学界的成果也需要通过法学期刊展示，如果法学期刊所刊载的文章不能对学术界、法律界和政府的立法产生一定的影响，那么，法学期刊的存在价值就会大打折扣，因此，法学期刊的任务之一，便是能够及时地反映法学界和法律界的研究成果。

但是，仅有这点理解是完全不够的，期刊本身具有引领性，法学期刊同样如此。法学期刊通过刊载和积极主动组织专题或稿件，一来告诉读者和作者期刊的编辑思路，二来也具有告知读者和作者目前法学界和法律界目前研究、关注的方向和问题，提醒和指出作者的研究方向的作用。这是法学期刊应当做到的工作，即引领法学研究的方向和路径。但是，这就对期刊提出了更高的要求，前瞻性、时效性便成为了期刊要达到引领法学研究方向的最基本的要求。这就需要期刊的编辑人员要有较高的理论水准和独到的眼光与胆识，一个期刊一年内能够组织起一个比较具有战略眼光的专题，就应当说是成功的了。这需要期刊和期刊的编辑人员时刻关注社会和学术发展的动态，努力寻找可研究或者可发掘的领域。例如，今年汶川地震后，有的法学期刊及时推出了有关地震灾后救济以及其他涉及法律完善等方面论文，就是把握住了法学期刊所具有的时效性、实用性和引领性的特征，是值得学习的。再如，“三鹿门”事件后一些法学期刊所表现出来的积极应对的态度，也是值得学习和推广的。由此衍生出来的其他有关法律或法学类思考，同样应对引起法学期刊的高度重视。例如，关于公共事件的法律处置机制、国家对突发事件的应对机制、中国食品及其他产品的安全保障机制、中国商人和产品在世界范围的受保护机制、国家对中国产业向外发展的保护机制、政府在公共事件和其他突发事件中应有的作用和地位、外国商人及企业在中国的利益保护和制约，等等，都应当成为法学期刊关注的焦点。只有这样，法学期刊才能真正起到引领法学研究、开拓法学领域、发现和培养法学人才、展示法学研究成果的作用和目标。

总之，法学研究是法学期刊存在的前提和基础，而法学期刊则是培育法学研究健康成长的孵化器和过滤器。同时，法学期刊更应当成为引领法学研究的航标灯。

（原载于《法治新闻与传播》，中国检察出版社2009年第1辑。）

法学期刊与法学期刊编辑

一、法学期刊的特点

法学期刊是以刊载、展示法学各学科学术理论研究成果，法学教学的方法、思想、经验，国外立法、司法、法学研究和法学教学的最新状况及国内外法学比较研究成果，国内立法、司法的最新动态及司法实践与改革的状况，国内律师、法律界法律、法学研究及改革的成果，推介、研究国内外著名法学家的学术成果、思想的平台和重要载体，它与相关的报纸、广播、电视、网络等传媒共同构成宣扬、展示国内和国际上法学、法律、司法等发展状况的，可以直接引领法学研究、立法、司法发展方向的，普及法律知识、传承人类法律文明和法学研究成果的传播体系。简言之，法学期刊是普及法律知识、传承人类法律文明和法学研究成果，引领法学研究、立法和司法发展方向的重要的传播媒体与展示平台。其具有以下几个重要特点：

（一）传媒性

传媒，即传播媒介，指报刊、广播、电视等各种新闻工具[注]。法学期刊作为展示、传播法学研究和法治发展的平台，自然具有传媒的性质和作用。只是其所登载和传播的内容与其他类期刊有所不同罢了，其是以登载和传播法律知识、法学研究成果等内容为宗旨的，而其所有的传媒性质，则与其他类期刊没有任何区别。其作为传播法学理论等方面最

新信息的载体和媒介，其所具有的传媒性是不可质疑的。

（二）学术性

学术一般是指有系统的、较专门的学问。法学研究当然属于学术之列，而反映和展示法学理论研究成果的法学期刊毫无疑问地具有学术性的特点，即及时反映法学研究的最新成果，否则，不具备学术性特点的期刊，也不能认为是法学期刊。如果仅仅以刊载法制新闻或者法制文学作品的期刊，则不是法学期刊，如《啄木鸟》、《法制新闻》等期刊，应分别属于报告文学类和新闻类期刊。

（三）引领性

所有媒体对于社会发展都有引导和导向性作用，特别是在当今社会，大众的思想、行为、观念、衣食住行等各个方面，往往受到媒体极大的影响，当代媒体不仅是大众获取各类信息的重要来源，更是引导大众生活和工作的指南。作为展现法学研究成果的重要载体和媒介的法学期刊，其所反映的观点、思想，理所当然地应当成为法学界和法律界的指南和方向，法学研究工作者和法律工作者通过学习和研读法学期刊，既可以从中了解法学界和法律界目前的最新动态和研究成果，也可以从中寻找到自己研究的课题和未来一定时期内的重点，因为，法学期刊始终把反映和刊载最新研究成果和动态，作为自己生存和发展的第一要务。他们十分明白，只要你所刊载的文章不能反映目前学术界和实务界最需要和关注的内容和话题，期刊就会丧失其生命力，你的读者数量就会急剧下降，直接危及到期刊的生存。再加上目前盛行的各类评价体系和标准，更是促使各期刊把提高和保持自己的学术水准放到一个极其重要的位置，这也从客观上提高了期刊的学术水准，读者从中所获到的信息和学术给养就越来越多。因而，引领性应当成为法学期刊一个重要的

性质和作用。这既是期刊本身的要求，更是读者和时代的要求。

（四）时效性

任何媒体都有注重时效性，没有时效性，媒体同样会丧失其生命力。法学研究也是有时效性的，特别是应用性研究，其时效性就更为明显。例如，一部法律已经出台，如果你还在刊登是否应当制定这个法律的文章，其意义就不大了，这时你应当刊登一些如何理解和适用该法律，或者如何进一步完善它的文章。再如，某一类课题的研究可能已经告一段落，或者已经为另一个课题所取代或深化，如果你仍在刊登此类文章，就会显得陈旧和过时。总之，法学期刊也存在时效性问题，而且随着法学研究与法制的发展，这种时效性会越来越明显。

（五）实用性

法学是实用型科学，其与社会和经济的发展密切相关，其研究成果大部分要为社会和经济发展服务，例如，刑法学研究要解决社会犯罪问题，民法学研究要解决社会民事活动中存在的问题与矛盾，劳动法学研究要结合当时社会劳动关系的问题和矛盾，环境法学研究更要密切结合环境问题，等等，应当说任何一个法学学科的研究都应当立足于社会实践，以社会发展为研究对象。因此，反映这种研究成果的法学期刊所刊载的学术文章，自然也应当体现法学研究的实用性这一特点。

法学期刊所具有的以上五个特性，决定了法学期刊的发展方向和法学期刊编辑的特点。

二、法学期刊编辑的特点

编，在古代是指用来穿联竹筒的皮条或绳子，辑与集相同。编辑就是搜集整理的意思。中国历史上早在2500年以前就开始了这种搜集整理的工作，中国最早的散文集《尚书》，就是汇编了上古时期的历史文件和部分追述古代事迹的作品。中国古代最早的诗歌总集《诗经》，也属于编辑之作。那时的编辑工作包括选择、编目录、校勘等。近代的编辑工作是随着报纸的出现而出现的，在报纸业发展的初期，报纸从业人员既是编辑，又是记者，当时的编辑工作也比较简单，只是把收到的新闻作简单的归纳，稍作修改，再按条排列，如同记账一样。在中国直到辛亥革命以后，借鉴了日本和欧美的报社制度，设置了主笔、访员、编辑等职，方才确立了编辑的名义、地位，编辑工作也逐步复杂起来，出现了栏目设置、标题制作等。后来，随着杂志、广播、电视等相继问世，编辑手法和含义也发生了新的变化，一是把从事编辑工作的人员称之为编辑，二是把编辑者围绕出版物的出版活动统称之为编辑工作。这里我们的编辑的含义主要是指后者，即法学期刊的编辑出版工作。

法学期刊的编辑工作可以概括为：法学期刊的编辑人员从事的有关决策、组织、选择、加工等专业性出版工作。这里的编辑往往是编辑与采访的统称。因为，法学期刊一般采取的是编采合一的模式，编辑人员既可以是采访人员，也是编辑人员。

法学期刊的编辑工作具有以下几个显著的特点：

（一）专业性

这里的专业性包括两方面的内涵：一是仅指期刊的编辑出版业务，具体包括：版面与版式的策划、编辑整理、校对、出版等活动；二是指法学专业的编辑工作，具体包括：专业选题、稿件组织、编辑审阅稿

件、参加及开展法学研究等活动。尤其是后者的工作，乃法学期刊编辑人员的主要工作，该类工作的成效与质量是保证和衡量期刊学术品位和期刊质量的重要保证。一个法学期刊专业选题和稿件组织的眼光和品位，是期刊品位与质量的决定性因素。因此，专业性特征乃法学期刊的最基本的特征。

（二）时效性

法学期刊的编辑工作必须紧密结合国内外的立法进程和司法改革的进程，要时刻关注法学界目前研究的主要问题，刊登的文章必须具有时效性，这就要求法学期刊的编辑人员要有对法律问题的感知度和对社会发展问题的敏感度，要时刻关注社会上出现的问题以及学界同仁的态度，并且及时做出反映。编辑人员应当是某一学科或者专业的业内人士，最好是某一领域的专家，起码他应当了解目前学界的动态，这样有助于他的组稿和编辑工作。否则就会出现脱离现实甚至违背学术规律的问题。

（三）前瞻性

法学期刊的编辑工作必须要有前瞻性，如果预测未来一段时期内法学研究的方向有困难的话，起码应当知道下一阶段国家立法规划的内容和最近欲召开的各学科的年会所准备讨论的主要问题。因为，立法规划往往决定了法学界近期研究的主要问题和方向，年会上所讨论的问题往往反映了学界研究的动态和热点。因此，亲自参加年会和各种学术活动，是法学期刊编辑必不可少的功课之一。这样会有助于编辑人员有意识地去组织稿件和审阅稿件。

（四）灵活性

编辑法学期刊要随时调整自己的思路和方法，在审阅和决定稿件是否采用时，既要注意文章的时效性、前瞻性、学术性等必备要素，还要注意文章作者的需要和需求。期刊是为作者和读者服务的，如果失去了读者和作者的信任，期刊的生命力就会大打折扣。因此，灵活掌握稿件的采用率，适当地照顾各个方面和各个领域，是作为一个称职编辑必备的素质。

（五）政治性

法学期刊的编辑除了要讲学习外，还要讲政治，即时刻关注国家的大政方针和发展趋势，特别是一些重大的政治活动和对期刊的政治方面的要求。这是我国的社会性质所决定的，法学期刊同样属于传媒，要遵守国家的相关法律和政策，这样期刊才能得到顺利的发展。

三、法学期刊对编辑人员的基本要求

（一）法学专业方面的素质

法学期刊的编辑要有一定的法学研究方面的基本素质，首先，要知道法学研究的规律；其次，要懂得法学研究的方法；再次，要有法学研究的经历；最后，要对主要大专院校法学研究人才的基本情况有一定的了解，对于各个学科研究基地和研究机构的分布、人员状况、地域环境特点等要了然于胸。这会极大地帮助编辑人员组织和审阅稿件。

（二）编辑出版专业方面的素质

法学期刊编辑要对国家出版业的基本法律、法规、政策有所了解，特别是编辑出版的基本知识和操作技能，例如，如何联系印刷企业，印刷方面的基础知识，如何与新闻出版管理部门联系，基本的校对、编辑方法和要求，期刊和文字编辑的基本常识和要求，等等。这些知识和技巧的掌握都会有利于编辑工作的开展。

（三）对外联络组织交往方面的素质

法学期刊编辑人员要有一定的对外交往能力，这是组织稿件和进行编辑工作必备的素质，如果缺乏对外交往和一定的组织能力，会影响工作的开展与期刊的对外形象。期刊可以通过搞一些学术活动来提高编辑人员的组织能力，这是十分重要的。

（四）政治方面的素质

法学期刊的编辑人员要有一定的政治敏感度，要随时关注国家的相关政策和方针，埋头编辑期刊，不问路线是危险的，也是不可取的。例如，对于国际和国内所发生的重大事件的关注度，会直接影响组织稿件的质量和期刊的时效性。

（五）其他方面的素质及要求

协调能力，对事件、事物的反映和把握能力，与人交往的亲和力，把握原则等，也是对法学期刊编辑的基本素质的要求。这些素质的提高与修养会直接影响到期刊的办刊品味和竞争力。

四、编辑对法学期刊发展的作用

法学期刊的编辑人员的个人努力和魅力，对于期刊的发展和生存是至关重要的。无论是作者还是读者，对于期刊编辑人员的品味、能力、趣向都是很敏感的，一个期刊能否立足于当代飞速发展的期刊之林，编辑人员的个人努力和魅力有时起着决定性作用。这是一个不容忽视的问题。编辑人员所具有的学术功底、工作态度、交往能力、人格魅力等因素，直接影响到作者的投稿的积极性和学界乃至社会对期刊的评价。因此，编辑人员必须具备一定的法学研究功底，文字编辑能力，对外交往能力，对社会热点、焦点问题的准确把握能力，只有这样，期刊才会有广阔的发展空间。那种坐井观天、自我陶醉、固步自封、随心所欲、无所事事、听天由命的思想和做法是无助于甚至有害于期刊的发展的，是编辑人员和期刊的大忌。编辑人员的编辑思想、思路、方法、态度、为人等因素，都会直接影响期刊的生存与发展。

五、法学期刊与法学研究的关系

这是一个需要研究的问题。法学期刊作为普及法律知识、传承人类法律文明和法学研究成果的传播媒体与展示平台，是法学学术界、法律界相互沟通，以及它们向社会展现研究成果，联接政府和法学界、法律界的重要的桥梁。学界的声音需要通过法学期刊传播，学界的成果也需要通过法学期刊展示，如果法学期刊所刊载的文章不能对学术界、法律界和政府的立法产生一定的影响，那么，法学期刊的存在价值就会大打折扣，因此，法学期刊的任务之一，便是能够及时地反映法学界和法律界的研究成果。但是，仅有这点理解是完全不够的，期刊本身具有引领性，法学期刊同样如此。法学期刊通过刊载和积极主动组织专题或稿

件，一来告诉读者和作者期刊的编辑思路，二来也具有告知读者和作者目前法学界和法律界目前研究、关注的方向和问题，提醒和指出作者的研究方向的作用。这是法学期刊应当做到的工作，即引领法学研究的方向和路径。但是，这就对期刊提出了更高的要求，前瞻性、时效性便成为了期刊要达到引领法学研究方向的最基本的要求。这就需要期刊的编辑人员要有较高的理论水准和独到的眼光与胆识，一个期刊一年内能够组织起一个比较具有战略眼光的专题，就应当说是成功的了。这需要期刊和期刊的编辑人员时刻关注社会和学术发展的动态，努力寻找可研究或者可发掘的领域。例如，今年汶川地震后，有的法学期刊及时推出了有关地震灾后救济以及其他涉及法律完善等方面论文，就是把握住了法学期刊所具有的时效性、实用性和引领性的特征，是值得学习的。再如，“三鹿门”事件后一些法学期刊所表现出来的积极应对的态度，也是值得学习和推广的。由此衍生出来的其他有关法律或法学类思考，同样应对引起法学期刊的高度重视。例如，关于公共事件的法律处置机制、国家对突发事件的应对机制、中国食品及其他产品的安全保障机制、中国商人和产品在世界范围的受保护机制、国家对中国产业向外发展的保护机制、政府在公共事件和其他突发事件中应有的作用和地位、外国商人及企业在中国的利益保护和制约，等等，都应当成为法学期刊关注的焦点。只有这样，法学期刊才能真正起到引领法学研究、开拓法学领域、发现和培养法学人才、展示法学研究成果的作用和目标。

总之，法学研究是法学期刊存在的前提和基础，而法学期刊则是培育法学研究健康成长的孵化器和过滤器。同时，法学期刊更应当成为引领法学研究的航标灯。

（本文为在2008年12月9日天津市法学会应用法学分会第二届学术年会暨第二届天津应用法论坛上的发言稿）

---

1. 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2002年版，第194页。530

法学研究的方法

一、法学的性质

法学究竟是属于社会科学还是人文科学。所谓人文科学（Humanities）是研究人类信仰、情感、道德和美感等各门科学的总称。一般认为，人文科学有狭义和广义之分。所谓狭义的人文科学一般仅指拉丁文、希腊文、古典文学的研究。广义的一般指对社会现象和文化艺术的研究，包括哲学、经济学、史学、法学、文艺学、论理学、语言学等。社会科学（Social Sciences）是指以社会现象为研究对象的科学，包括政治学、经济学、军事学、法学、教育学、文艺学、史学、语言学、民族学、社会学等，其任务是研究并阐述各种社会现象及其发展规律。

但是，我认为，二者是有很大的区别的。首先，人文科学所直接研究的是人的需要、意志、情感和愿望，其强调的是人的主观心理、文化生活等个性方面。社会科学强调人的社会性、关系性、组织性和协作性等共性方面。可见，前者强调的是人的本身的需要和本能，而后者则强调人的社会性、人与人之间的关系及联系。其次，人文科学更多地强调伦理学、人的本性之类的形而上（精神）方面的内容。而社会科学则更多的强调社会的实证、实践以及处理人与社会的关系等内容。再次，人文科学的研究注重研究者本人的意识和意志，其所更多地表现出的是研究者对于自己主观意识方面的东西，而社会科学的研究则注重对于客观社会现象的认识和反映，其所更多地表现出来人对于客观事物和社会的

认识和反映。最后，人文科学的研究方法主要是文献研究法、定性分析法、比较研究法等，比较静态的研究方法。而社会科学的研究方法则主要是调查法、观察法、实验法、实证研究法、个案研究法、经验总结法等。后者由于更多地接触社会实际，所以，比较注重动态的、社会性的研究方法。

因此，我认为，应当将人文科学定义为：它是研究人类信仰、情感、道德、美感和精神领域等各门科学的总称，其包括：哲学、论理学、语言文字学、文艺学、宗教学等。社会科学是指以社会现象为研究对象的科学，包括政治学、经济学、军事学、法学、教育学、史学、民族学、社会学等，其任务是研究并阐述各种社会现象及其发展规律。

可见，法学应当属于社会科学，是指以社会上存在的、以国家的立法、司法、执法等活动以及法学教育活动为研究对象的，总结和发现人类法文化的基本特征和发展规律及历程的科学。为了研究的便利，一般根据社会发展和研究方便的需要将法学研究的对象具体划分为各个部门法学。

明确了法学性质的目的是为了便于我们分析法学的研究方法。

二、法学的研究方法

（一）科学研究方法

对于科学研究来讲，概括起来，主要有以下十几种研究方法：

1.实验法

实验法是通过主支变革、控制研究对象来发现与确认事物间的因果

联系的一种科研方法。其主要特点是：第一、主动变革性。观察与调查都是在不干预研究对象的前提下去认识研究对象，发现其中的问题。而实验却要求主动操纵实验条件，人为地改变对象的存在方式、变化过程，使它服从于科学认识的需要。第二、控制性。科学实验要求根据研究的需要，借助各种方法技术，减少或消除各种可能影响科学的无关因素的干扰，在简化、纯化的状态下认识研究对象。第三，因果性。实验以发现、确认事物之间的因果联系的有效工具和必要途径。

2.文献研究法

文献研究法是根据一定的研究目的或课题，通过调查文献来获得资料，从而全面地、正确地了解掌握所要研究问题的一种方法。文献研究法被广泛用于各种学科研究中。其作用有：①能了解有关问题的历史和现状，帮助确定研究课题。②能形成关于研究对象的一般印象，有助于观察和访问。③能得到现实资料的比较资料。④有助于了解事物的全貌。

3.实证研究法

实证研究法是科学实践研究的一种特殊形式。其依据现有的科学理论和实践的需要，提出设计，利用科学仪器和设备，在自然条件下，通过有目的有步骤地操纵，根据观察、记录、测定与此相伴随的现象的变化来确定条件与现象之间的因果关系的活动。主要目的在于说明各种自变量与某一个因变量的关系。

4.定量分析法

在科学研究中，通过定量分析法可以使人们对研究对象的认识进一步精确化，以便更加科学地揭示规律，把握本质，理清关系，预测事物

的发展趋势。

5.定性分析法

定性分析法就是对研究对象进行“质”的方面的分析。具体地说是运用归纳和演绎、分析与综合以及抽象与概括等方法，对获得的各种材料进行思维加工，从而能去粗取精、去伪存真、由此及彼、由表及里，达到认识事物本质、揭示内在规律。

6.跨学科研究法

运用多学科的理论、方法和成果从整体上对某一课题进行综合研究的方法，也称“交叉研究法”。科学发展运动的规律表明，科学在高度分化中又高度综合，形成一个统一的整体。据有关专家统计，现在世界上有2000多种学科，而学科分化的趋势还在加剧，但同时各学科间的联系愈来愈紧密，在语言、方法和某些概念方面，有日益统一化的趋势。

7.个案研究法

个案研究法是认定研究对象中的某一特定对象，加以调查分析，弄清其特点及其形成过程的一种研究方法。个案研究有三种基本类型：(1)个人调查，即对组织中的某一个人进行调查研究；(2)团体调查，即对某个组织或团体进行调查研究；(3)问题调查，即对某个现象或问题进行调查研究。

8.功能分析法

功能分析法是社会科学用来分析社会现象的一种方法，是社会调查常用的分析方法之一。它通过说明社会现象怎样满足一个社会系统的需

要（即具有怎样的功能）来解释社会现象。

9.数量研究法

数量研究法也称“统计分析法”和“定量分析法”，指通过对研究对象的规模、速度、范围、程度等数量关系的分析研究，认识和揭示事物间的相互关系、变化规律和发展趋势，借以达到对事物的正确解释和预测的一种研究方法。

10.模拟法（模型方法）

模拟法是先依照原型的主要特征，创设一个相似的模型，然后通过模型来间接研究原型的一种形容方法。根据模型和原型之间的相似关系，模拟法可分为物理模拟和数学模拟两种。

11.探索性研究法

探索性研究法是高层次的科学研究活动。它是用已知的信息，探索、创造新知识，产生出新颖而独特的成果或产品。

12.信息研究方法

信息研究方法是利用信息来研究系统功能的一种科学研究方法。美国数学、通讯工程师、生理学家维纳认为，客观世界有一种普遍的联系，即信息联系。当前，正处在“信息革命”的新时代，有大量的信息资源，可以开发利用。信息方法就是根据信息论、系统论、控制论的原理，通过对信息的收集、传递、加工和整理获得知识，并应用于实践，以实现新的目标。信息方法是一种新的科研方法，它以信息来研究系统功能，揭示事物的更深一层次的规律，帮助人们提高和掌握运用规律的

能力。

13.经验总结法

经验总结法是通过对实践活动中的具体情况，进行归纳与分析，使之系统化、理论化，上升为经验的一种方法。总结推广先进经验是人类历史上长期运用的较为行之有效的领导方法之一。

14.描述性研究法

描述性研究法是一种简单的研究方法，它将已有的现象、规律和理论通过自己的理解和验证，给予叙述并解释出来。它是对各种理论的一般叙述，更多的是解释别人的论证，但在科学研究中是必不可少的。它能定向地提出问题，揭示弊端，描述现象，介绍经验，它有利于普及工作，它的实例很多，有带揭示性的多种情况的调查；有对实际问题的说明；也有对某些现状的看法等。

15.数学方法

数学方法就是在撇开研究对象的其他一切特性的情况下，用数学工具对研究对象进行一系列量的处理，从而作出正确的说明和判断，得到以数字形式表述的成果。科学研究的对象是质和量的统一体，它们的质和量是紧密联系，质变和量变是互相制约的。要达到真正的科学认识，不仅要研究质的规定性，还必须重视对它们的量进行考察和分析，以便更准确地认识研究对象的本质特性。数学方法主要有统计处理和模糊数学分析方法。

16.思维方法

思维方法是人们正确进行思维和准确表达思想的重要工具，在科学研究中最常用的科学思维方法包括归纳演绎、类比推理、抽象概括、思辩想象、分析综合等，它对于一切科学研究都具有普遍的指导意义。

17.系统科学方法

20世纪，系统论、控制论、信息论等横向科学的迅猛发展，为发展综合思维方式提供了有力的手段，使科学研究方法不断地完善。而以系统论方法、控制论方法和信息论方法为代表的系统科学方法，又为人类的科学认识提供了强有力的主观手段。它不仅突破了传统方法的局限性，而且深刻地改变了科学方法论的体系。这些新的方法，既可以作为经验方法，作为获得感性材料的方法来使用，也可以作为理论方法，作为分析感性材料上升到理性认识的方法来使用，而且作为后者的作用比前者更加明显。它们适用于科学认识的各个阶段，因此，我们称其为系统科学方法。

（二）法学研究方法

在这十七种研究方法中，可以适用于法学研究的，主要有以下几种：

1.文献研究法

法学研究，特别是法理学、法史学、宪法学等学科的研究，离不开对于相关资料的收集、整理、调查。通过对于这些资料的调查、研究，整理出对于研究有益的资料。比如，要研究中国商会制度，你首先就要翻阅相关的一些中国近代以来的有关商会的资料，包括商会的起源、发展历程、基本制度、运行情况、内部结构、衰落经过等。这些情况必须

研究了解清楚，否则，你的研究就没有力度和科学性，就拿不出让人信服的根据和学说。郭沫若写的话剧《屈原》和《蔡文姬》被认为是中国历史剧的经典，其根本原因就是郭沫若本身就是历史学家，他对于《屈原》的研究，在1942年写《屈原》之前就已经有十几年了。他在日本的十年对于中国古代社会的研究，已经是硕果累累，而且还写过一些反映春秋战国时期的历史话剧。所以，他对于古代文献的掌握与研究比起当时的其他人就优越得多。因此，他取得那样的成就也就不奇怪了！《蔡文姬》是1958年为了配合他关于给予曹操翻案的研究而写的，而且，还融入了他对于自己身世的感慨，他自己说，蔡文姬是照着他自己写的。他把自己1927年到1937年在日本亡命10年和1937年抛妇别雏的经历和感受融了进去。我说这个的意思即使说明，掌握一定的文献资料，认真研究文献，对于科学研究是多么的重要。我们现在的研究就十分缺乏这方面的东西！很多人瞧不起对于文献的研究，很有害。

2.实证研究法

对于法学来讲，实证研究的方面很多。它一般是，通过广泛地搜集相关的案件、资料，利用对于案件和材料的分析、对比的方法进行研究，从而得出一定的结论和观点。比如，你要研究北京市有关吸毒犯罪情况，你就可以尽量地去搜寻一些近年来北京市的有关吸毒犯罪的材料，比如，吸毒者人数、身份、职业、性别、年龄、吸毒的年限、戒毒的情况、是否有反复、家庭的现状等等。你可以选择几个具体案例，通过对案例中具体涉案人的情况的具体分析，找出它们之间带有共性或者普遍性的东西，加以分析、研究，从而得出一些结论。这样的文章具有的一定的力度和说服力。是我们法学应用性研究经常使用的方法之一。一般检察院的文章比较喜欢这种研究方法。

3.定性分析法

定性分析法是法学理论研究的主要方法。它一般通过对法学研究对象（理论或者事实）进行“质”的方面的分析。从而得出结论。这种研究方法在法理学、法史学等各个学科均可以采用此方法。而且，这也是研究的最核心的内容，定性是法学研究中一个极其普遍的问题。比如，你研究《商法通则》的制定问题，你必须在分析完制定《商法通则》的意义和可能性等问题以后，必须要给《商法通则》的法律属性及其法律位阶、在国家法律体系中的地位给予一定的定位，这就涉及到所谓的定性问题。还有，当我们在分析具体案件时，经常遇到案件定性的问题，这种定性性研究，必须要首先弄明白你所要分析研究案件的基本情况，并且要搞准这个案件所解决的基本问题。在此基础上，结合你自己相关方面的法学理论知识和一些必须的社会生活经验，对于此类案件进行有针对性的分析，而后，才可能得出结论。这里分析过程中自己的知识和经历背景十分重要。比如，一个还没有结婚或者缺乏婚姻家庭生活经历的人，要想分析好婚姻家庭方面的案件，是有一定困难的。一个从未经过商的人，没有切身体验到在中国经商的艰辛的人，是不可能拿出符合中国国情的商事立法方案的。也不可能去为这些商人的利益去奔走、呐喊，即使去了也是为了挣点零花钱，不可能真心真意地去为之奔走。只有经历过的暴风骤雨的人，才知道彩虹的可贵。定性研究是一个很理论性的研究，既需要研究者的理论功底，更需要研究者的必要的经历和经验的积累。

定性的研究也需要一定的哲学和法哲学、法理学的基础，如果缺乏这些理论基础和知识，定性的研究也会存在很多的问题。因此，多看写法理学、法哲学、哲学方面的文章和书籍，也很重要。这点我下面再详细讲。

4.跨学科研究法

跨学科研究方法是目前各学科经常使用的方法。道理很简单，现在各学科之间的联系已经越来越紧密，甚至有统一化的趋势，特别是社会

科学与人文科学间的联系更加紧密，自然科学与社会科学、人文科学之间的联系也十分紧密。比如，史学研究中，已经把考古学、文献学、语言学、化学、生物学等融合在了一起。史学的很多结论，都是依靠自然科学的成果取得的。历史上的很多悬案就是利用现代科学手段揭开的，例如，光绪皇帝之死，一直是一个迷，可是最近通过科学化验出他的头发里含有砒霜，由此，揭开了历史上的一大悬案之谜。法学既然属于社会科学，那么，它的研究方法必然不能是单一的，跨学科研究是法学研究的一大出路。比如，研究社会保障法，如果不研究劳动和社会保障的基本理论实践；研究商法，不研究商的基本理论、公司理论与实践、海运理论与实践、证券理论与实践、银行货币理论与实践、企业运作的基本知识和相关问题；研究经济法、财税法和金融法，不懂宏观经济学、金融学、财政学、税务学的基本理论和制度；研究法律史，没有历史学的基础；研究法理学，没有哲学的基础；是搞不出东西来的。即使搞出来了，也是机械的，经不起推敲的。因此，我们应当打破各学科间的界限，多读一些史学、哲学、社会学、经济学等方面的名著或者经典型著作，一来扩大自己的视野，二来扩大自己研究的范围，三来扩展自己研究的思路，四来未自己选择更加广阔的研究道路。此外，法学界中各学科之间的界限必须打破。研究民法的不熟悉民诉法，研究刑法的不熟悉刑诉法，研究民法的瞧不起商法，研究经济法的看不起民法，研究部门法的看不起法史等理论学科，研究民法的看不起婚姻家庭法，研究知识产权的自以为高人一等，等等。这都是阻滞目前中国法学研究前进的重要因素！我们要提倡各学科间的互相学习，互相借鉴，互相融合，和谐发展。否则，中国的法学研究没有前途。

有人老问，怎样才能开阔自己的思路，想出好的、新颖的、别人不知道的选题？我的回答是：多读点书，多做点事，多走点路，多知点事，多听别人说，谦虚一些，才是出路！

在者，不要妄自菲薄，要勇敢一些，不要老觉得自己不行，要经常给自己打气，要知道自己的特长和不足，要学会扬长避短，走别人不屑走，或者走不了的路！

5.个案研究法

个案研究法主要运用在对于案例的分析教学和研究中。案例教学是目前一个很时兴的话题，其实没有什么神秘，就是以个别案例分析、剖析的方法，使得学生获得更容易接受和理解的方法。比如，讲到反倾销问题，可以抓住一个较为著名，或者与中国共性密切的案件，比如，浙江与欧盟的关于鞋倾销案件，可以从案件的起因、发展、结局、影响等各个方面进行研究，然后请同学们进行讨论，写小论文，提高学生的兴趣，加深印象。再比如，关于商法教学，可以多举出一些商的案例，进行各案分析，让同学知道民法与商法在基本原则、责任体系、具体规则、适用范围等方面的区别，以激发起学生研究商法的兴趣。比如，可以搜集一些世界上大公司间的竞争案例，来让同学们理解何为正当竞争，何为不正当竞争。各大公司间是如何竞争的，各自成功和失败的原因是什么，我们应当从中吸取哪些教训。比如，关于死刑限制问题，也可以列举很多案例，说明其必要性；也可以从国外的实践中找到一些经验和教训。

调查分析也是弄清某些问题特点及其形成过程的一种研究方法。个案研究的个人调查、团体调查、问题调查的方法，都可以运用，对调查结果要进行分析、研究，否则，就不能成为成果。这很重要。有些人，把调查情况给我，我建议他进一步地予以分析、研究，他还不高兴。这成问题。

6.数量研究法

数量研究法主要用于文章中希望用数量或者数字来说明问题的部分。例如，通过对某个时期、某个地区的犯罪情况的数字化或者图表化的介绍，从而得出一定的结论。该结论一般属于解释、预测和展望、总结性的研究，有很强的现实意义。司法实践部门往往采取这种方法。我们其实都可以，只要有推进接触到一些具体的数字、数量，就可以加以

归纳、研究、整理。

7.信息研究方法

信息研究方法是常用的一种研究方法。作者对相关信息的掌握程度的多寡，可以直接影响研究的效果。通过对于信息的收集、传递、加工和整理获得整体性知识，并应用于实践，以实现新的目标，整理出新的成果，乃我们法学研究的一个重要方法。平时注意搜集相关信息，并适时地加以分析、研究，是我们研究工作必不可少的环节。比如，要研究商会制度，首先你要掌握目前我国各地商会的情况信息，这就需要你的搜集信息的能力和速度。对信息的研究、分析，可能比文献搜集更快，因为，信息搜集的途径比文献搜集要便捷得多！

8.经验总结法

经验总结法是通过对实践活动中的具体情况，进行归纳与分析，使之系统化、理论化，上升为经验的一种方法。总结推广先进经验是人类历史上长期运用的较为行之有效的领导方法之一。法学研究需要经验总结方法，比如，对于30年改革开放的立法、司法、法学研究的总结，我们对此很不重视，很多研究者对此不屑一顾。我去年写了一篇改革开放30年法学理论争议问题的回顾文章，有3万多字，我觉得很有意义，结果两个杂志都不给用，说缺乏现实理论意义，我感到很无奈，我的刊物登载了13篇关于回顾改革开放法学研究的文章，但是，我的刊物不能刊登我自己的文章，于是只好给了一个小刊物，刊物很感兴趣，分成两期发表了。其实，总结工作十分重要，中国人应当注意总结的自己的过去，不要忘记了过去，只有不忘记过去的民族，才能有发展前途。

9.思维方法

这是一个笼统性的说法，其实思维方法是人们正确进行思维和准确表达思想的重要工具，在科学研究中最常用的科学思维方法，其包括归纳演绎、类比推理、抽象概括、思辩想象、分析综合等，它对于一切科学研究都具有普遍的指导意义。这对于写论文很重要。这里我不想多讲。

10.系统科学方法

20世纪，系统论、控制论、信息论等横向科学的迅猛发展，为发展综合思维方式提供了有力的手段，使科学研究方法不断地完善。而以系统论方法、控制论方法和信息论方法为代表的系统科学方法，又为人类的科学认识提供了强有力的主观手段。它不仅突破了传统方法的局限性，而且深刻地改变了科学方法论的体系。这些新的方法，既可以作为经验方法，作为获得感性材料的方法来使用，也可以作为理论方法，作为分析感性材料上升到理性认识的方法来使用，而且作为后者的作用比前者更加明显。它们适用于科学认识的各个阶段，因此，我们称其为系统科学方法。该方法运用到法学研究上，我认为，就是对于某个学科、某个问题、某个现象的系统性研究方法。比如，对于中国海洋法的研究，我觉得就很缺乏系统性研究，中国海洋法并不完善，我们的海洋权益经常受到侵犯，研究完善我们海洋法的对策，特别是通过研究《海洋法公约》中有关海岛、群岛、海底资源、设施等问题的规定，从中找出于我有利的内容，同时，研究临海国家，如越南、菲律宾、日本、马来西亚、韩国、朝鲜等国的海洋法体系及其一些具体规定，十分必要。知彼知己，百战不殆，如果连我们自己的情况都不清楚，那如何能在争夺海权的斗争中取得胜利。21世纪是海洋的世纪，谁占据了海洋，谁就占据了世界。海洋法体系的研究迫在眉睫！此外，像商法体系、民法体系、刑法体系等都缺乏系统性的研究，这是我们的课题！无系统性研究就没有发展，这是一个浅显的道理！

（本文系2009年6月30日在西北政法大学雁塔校区研究生综合楼四楼报告厅为西北政法大学教师做题为《法学研究方法与学术规范》的学术报告的讲稿）